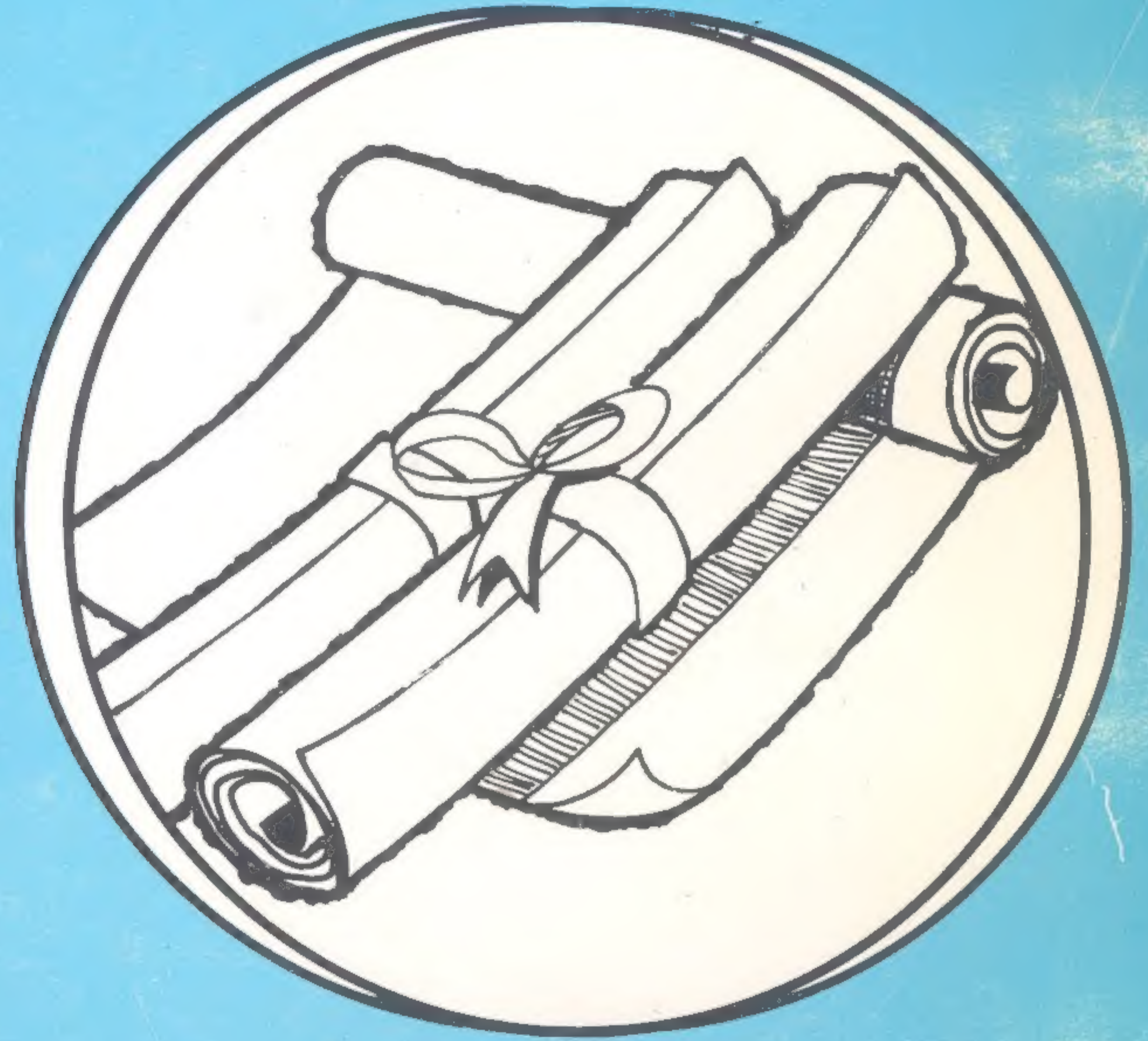


من مكتبة الاقتصاد الإسلامي

العقود الشرعية

الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة



دكتور عيسى عبيد

بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي

المنعقد بمدينة الرياض في ذي القعدة ١٣٩٦ هـ - نوفمبر ١٩٧٦ م

بدعوة من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

دار الاعتصام

من مكتبة الاقتصاد الإسلامي

العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة

بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامي

المنعقد بمدينة الرياض في ذي القعدة ١٣٩٦ هـ - نوفمبر ١٩٧٦ م

بدعوة من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

دكتور عيسى عبيد

تطلب مزلقات الدكتور عيسى عبده
من دار الاعتصام ٨ شارع حسين حجازى بالقاهرة
ت : ٣١٧٤٨ — كما تطلب من المكتبات الشهيرة
بمصر والعالم العربى

الطبعة الأولى ١٣٩٧ هـ — ١٩٧٧ م

بسم الرحمن الرحيم

فى شهر ذى القعدة من عام ١٣٩٦ هـ (نوفمبر ١٩٧٦ م) قامت جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، بتنظيم مؤتمر عالمى للفقهاء الإسلامى بمدينة الرياض ودعت إليه نخبة من المشتغلين بالدراسات الإسلامية ، وكان حصاد هذا المؤتمر جلاء لبعض معالم التراث الإسلامى التى حرمت منها دوائر الأعمال وأسواق المال ، وبقيت كامنة فى مراجعها التقليدية ... كما كان من حصاد المؤتمر أيضاً العرض الواضح لجانب من أشهر الأساليب العصرية فى المعاملات ..

وكان الهدف من هذا الجهد هو تقرب الثقافة الإسلامية التى أرسى قواعدها السلف الصالح ، من الأجيال المعاصرة التى ألفت أوضاعاً مستحدثة تتفق وطابع العصر مما حجب عن هذه الأجيال أنوار الثقافة الإسلامية الأصيلة ..

وعلى سبيل المثال نقول : إن عقود الوديعة والإجارة والحوالة والوكالة والمضاربة عقود أصيلة يقرها الشرع بمصادره الثابتة .. هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى تبدو الصيرفة بعملياتها الحديثة وكأنها نشاط غير مسبوق على حين أنها لا تزيد على صور جديدة للعقود القديمة المستقرة .

ولذا كانت الأجيال المعاصرة تعنى بوضع هذا النشاط المستحدث فى إطار شرعى يساند الصحيح منها ويستبعد الفاسد فقد كانت الحاجة إلى عقد هذا المؤتمر ونظائره حاجة واضحة .. بل شديدة الإلحاح .

* * *

هذا هو الهدف العام من عقد المؤتمر الأول من نوعه ، ولقد أسهم فيه المؤلف يبحث متواضع عن العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة ، وهو

مادة هذا الكتاب — وقد تجود الأقدار بمزيد من الوقت والجهد لإخراج نخبة
صالحة من بحوث المؤتمر تحت عنوان لا يزال أملاً يرتجى . . . ونريد به (حصاد
المؤتمر الأول للفقهاء الإسلامى) . وكل شىء بأمر الله سبحانه وتعالى .

* * *

ولقد رأينا أن نصدر هذا الكتاب — وإن كان يضم بحثاً واحداً — بكلمات
قيمة اخترناها من مادة الحصاد.

فنقول وبالله التوفيق . . .

كلية لمعالى مدير الجامعة :

الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي عن ظروف إنشاء هذه الجامعة

لمحة موجزة

عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

تعريف :

في أوائل النصف الثاني من القرن الثاني عشر الهجري (حوالي ١١٥٧ هـ)
التقى رجلان على الإسلام ، أولهما الإمام محمد بن سعود ، جد الأسرة السعودية
وثانيهما الشيخ المجدد محمد بن عبد الوهاب . . التقيا على الحكم بالشرعية الإسلامية
والدعوة لدين الحق مبرءاً عن البدع منزهاً عن الانحراف . . وتعاهد الرجلان ،
الإمام والشيخ ، على نشر العقيدة وإقامة الشريعة والأمر بالمعروف والنهي عن
المنكر . . وفي الدرعية ، عاصمة الدولة السعودية الأولى قامت الحكومة الإسلامية.

وفي عام ١٣٧٠/١٩٥٠ يلتقي حفيدا الرجلين عند فكرة « المدرسة الدينية »
التي تعلم التلاميذ العقيدة مع ما ينبغي لها من معارف أخرى ، وهكذا أنشئ أول
معهد علمي بالرياض بعد تشاور جلالة الملك عبد العزيز آل سعود مع فضيلة الشيخ
محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمهما الله .

وتكثر المعاهد وتظهر جلية الرغبة في أن يواصل المتخرجون فيها دراساتهم
ويشجعه تفكير المصلحين إلى إنشاء كلية الشريعة فتقام عام ١٣٧٣/١٩٥٣ . . وفي
العام التالي ١٣٧٤/١٩٥٤ تقام كلية اللغة العربية ، وفي عام ١٣٨٥/١٩٦٥ يقام المعهد
العالي للقضاء ليواصل فيه خريجو كلية الشريعة دراساتهم العليا . . وفي عام ١٣٩٣ هـ
١٩٧٢ م تضم الدراسات الاجتماعية من تاريخ وجغرافية وغيرها إلى كلية اللغة

العربية فتصبح كلية اللغة العربية والعلوم الاجتماعية ، وفي الثالث والعشرين من شعبان عام ١٣٩٤ (سبتمبر ١٩٧٤) يصدر المرسوم الملكي متوجاً هذه الكليات باسم الإمام محمد بن سعود فتصبح « جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية » .

ويتزايد فتح الكليات والمعاهد بها حتى أصبحت تضم ست كليات ومعهدين عالميين للدراسات العليا وعمادتين للمكتبات ولشئون الطلبة ، والتي تزدهر وتنمو على مر الأيام .

كلية معالي مدير الجامعة

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

في افتتاح المؤتمر

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن أتبع
سنته وهداه .

وبعد :

فإن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - وهي تعد لعقد مؤتمر الفقه
الإسلامي في غرة ذي القعدة من عام ١٣٩٦ هـ . وتقوم من أجل ذلك ببذل
الجهود المؤدية بإذن الله تعالى إلى تحقيق أهدافه - لتدرك تمام الإدراك ثقل
النبعة الملقاة على عاتقها وعلى عاتق نظيراتها من جامعات المملكة وجامعات العالم
الإسلامي كله . من ضرورة الإسهام في علاج قضايا العالم الإسلامي المعاصر علاجاً
مدرّساً على أرفع المستويات العلمية الإسلامية المتخصصة .

وإن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بمختلف كلياتها ومعاهدها العالية
وما تضطلع به من عمل علمي توجيهي ، وما تسهر عليه من إعداد علماء في شق
المجالات التي تقوم عليها كلياتها ومعاهدها - لتعلم أن هذا المؤتمر الإسلامي الكبير
من صميم رسالتها التي أناطتها بها حكومة المملكة الرشيدة .

وإن هذا المؤتمر لخطورة في طريق توثيق الروابط بين علماء المسلمين في مختلف
بلدان العالم الإسلامي ، نأمل أن تؤدي إلى التصور الصحيح الدقيق لهذه المصالح
التي يتطلع المجتمع الإنساني كله إلى حلول عادلة لها تنبع من روح إنسانية راشدة
وفعالة ، وليس كالإسلام نظام يستطيع أن يزيل هذه التناقضات في تلك المصالح ،
فالأمة التي تقرأ القرآن الكريم وتعمل وفق منهجه هي الأمة الوسط الراشدة
القادرة على القيادة الحكيمة والتوجيه المخلص السديد .

ولئن كان الإسلام يواجه بتحديات معاصرة ، فإن هذا المؤتمر — وأمثاله
قادر — بعون الله — :

على أن يكشف عن هذه التحديات .

وعلى أن يواجهها بالتفكير العلى الرشيد .

وعلى أن يقدم الحلول الملائمة التي تمكن المجتمع الإسلامى والمجتمعات
الإنسانية العالمية من أن تحيا الحياة الأفضل ، التى تليق بكرامة الإنسان ، والتى
تتحصن من أمراضها وعللها بالإسلام . والله نسأل أن يهيئ للمؤتمر كل
أسباب النجاح .

مدير جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

دكتور

عبد الله بن عبد المحسن التركي

مقدمة وتلخيص لمادة البحث

تمهيد

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده .. أما بعد : فإن مادة العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة .. وفيرة جداً .. وهى فى الفقه الإسلامى بالغة من مراتب الشرف مالا تدانيه دراسات رومانية من قبل عصر السيد المسيح .. ولا دراسات أخرى تراكت عبر القرون إلى يومنا هذا .. ولكن الفقه محجوب عن معظم الدارسين من العرب المسلمين ، ولذلك اصطبغت عقلية الجماعات المثقفة فى القرنين الأخيرين بوجه خاص — بمسحة غربية يقال لها «لاتينية» أو يقال لها : «سكسونية» وفى المشتريات الأخيرة من السنين وفدت على المشرق العربى وافدة ثالثة يقال لها «شرقية» تميزاً لها عن الصبغة الغربية التى تصدر عن أوروبا وأمريكا الشمالية بوجه خاص .

وفى الصفحات القليلة المرفقة بهذه المقدمة .. عرض لبعض الأدوات التى يستعين بها الباحث فى مثل هذا الميدان .. فحسب تسكلم عن :

- أشكال المشروعات .. كالمشاة الفردية والشركة والهيئة والمؤسسة .
- والعقود .. وهى الموائيق التى يجمع كل منها طرفين أو أكثر ..
- ومادة الأمن (أمن) وهى مادة غنية .. أصلها من : الإيمان وعنها يتفرع التأمين والائتمان .. وهذه أسس عميقة الجذور تقوم عليها المعاملات وما يحكمها من عقود .

— ثم تتدرج إلى «الوديعة» و «الضمان» و «القراض» و «الحوالة» فى تسلسل منطقي قدر الإمكان .. إذ فيما بين هذه المفاهيم المشهورة تتراحم على السبق والصدارة .. وكثير منها يدخل فى منطق دائرى .

• وما جئنا إلا بالقليل .. وأول الطريق خطوة ، والله المستعان ..
ولسكن الذى تركناه هام وجد خطير .. ولذلك نرى أن نشير إليه قبل التركيز
على ما جئنا به بين يدي المؤتمر .. وهدفنا هو تسجيل ما هو مطلوب فيما بعد ..
لعلنا نكتب من جديد ، وأمل غيرنا يقدم أفضل مما هو ميسور لنا ، وكل شئ ..
بأمر الله سبحانه وتعالى .

القدر الذى تركناه

• تركنا الكثير لأنه معروف ومشهور .. كعقود البيع والرهن والعارية .
والربا وإجارة الأعيان وإجارة الأشخاص والوكالة والحراسة .. وهى عقود مخدومة
في مراجع الفقه، ولا تثير تساؤلا شديدا إلا لحاح (كما هى الحال مع عقد التأمين مثلا) .
ومع ذلك .. لقد لقي كثير من هذه العقود عناية فائقة من العلماء المعاصرين ..
وبخاصة في النصف الثاني من القرن الرابع عشر للهجرة (أعني في جيلنا الحاضر)
وضاقت شقة الخلاف في أمور قليلة .. وبقيت المسافة الفاصلة بين آراء المجتهدين
على حالها في كثير من المسائل .. ولنا في التأمين رأى نوجزه في موضعه .. ولنا
في المعاملات الربوية كذلك رأى نوجزه .. وسنحرص إن شاء الله تعالى ، على
أن يكون الرأى الذى نذهب إليه بينا واضحا .. حتى يسهل الحكم عليه بأنه
مقبول شكلا ومن ثم فهو جدير بمزيد من تعميق الدراسة أو الحكم عليه بأنه .
لا يثير الاهتمام .

• ولنا في الزكاة قول لم نشره بعد .. ولم يرد في هذا البحث .. وإنما نذكره
الآن بقصد التسجيل وحسب .. كما تقدم البيان .. ذلك أنه :

الزكاة عقد !!

نعم : الزكاة عقد — وسندنا في ذلك من أقوال المفسرين وأهل النظر في
كتاب الله ، حين يعرضون لأول سورة « المائدة » « يأياها الذين آمنوا أوفوا
بالعقود » ثم يقول بعض المفسرين : إن العقود ثلاثة : عقد فطرى ، وعقد تكليفى ،

وعقد عرفى .. فأما العقد الفطرى : فهو موثق بين العباد ورب العباد كما فى قوله تعالى « وإذا أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى .. شهدنا .. أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين » وكما فى قوله جل وعلا « إن كل من فى السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبداً ، لقد أحصاهم وعدهم عدأ ، وكلهم آتية يوم القيامة فردأ » وقوله أيضاً « كذب ربكم على نفسه الرحمة » هذه أمثلة على العقود الفطرية ، ولسنا بصدد مزيد من البيان ..

فأما العقود العرفية : فهي ما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم .. بصرف النظر عن التوثيق لدى موظف مختص .. ليكون العقد رسمياً .. فهذه إجراءات شكلية لا تؤثر فى طبيعة العقد .. فهو بما تعارف عليه الناس وإن اتخذ من صور التوثيق والتسجيل والإشهاد والشهر .. ما استحدثه القانون الوضعى لدرء المفاسد التى استحدثها ضعف الإيمان والاستهانة برقابة الله .. نعوذ بالله مما تكاثر من فسوق وعصيان ..

والنوع الثالث من العقود هو العقود التكليفية التى ترد بصيغة الأمر والنهى أو تبنى بأوامر الإقدام وأوامر الإحجام .. كما فى قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة واستنادا إلى هذا المنطق السليم .. قال بعض السلف الصالح : إن الزكاة عقد تكليفى وفى قولهم بلاغ .. أى بلاغ ١١ أما الآثار الاقتصادية للوفاء بهذا العقد فإن أحداً لم يعرض لها — من كتاب الاقتصاد — على نحو يتناسب مع جلال قدرها ..

وهى عندنا (أى الزكاة) أداة اقتصادية لا نظير لها فى أى تشريع سماوى سابق للإسلام ، ولا فى أى تشريع وضعى بالغة منزلته ما تريد أن تبلغه من الحكمة ..

ولقد نشرنا فى « منبر الإسلام » من نحو عشرة أعوام مقالا موجزا عن الزكاة بوصفها من أدوات الاقتصاد .. ولكن الذى نشرنا بالغ القصور عن بلوغ القصد — ولذلك جئنا بذكر الزكاة فى صدر ما تركناه مؤقتاً ، وكل شئ عنده بمقدار .

• وفى إجازة الأشخاص ، وهى عقد لا غنى عنه فى كل جيل وفى كل عصر ، رأينا تجربة هامة فى العقد السابع من هذا القرن الميلادى .. حين اجتمع فى القاهرة عدد من كبار الخبراء فى الإدارة وفى شئون المال ، وأساتذة الاقتصاد والقانون ،

وخبراء الصياغة .. وعكف هذا الجمع المتخصص على وضع لائحة للتوظيف ..
بمناسبة هبوب الرياح الفكرية العاتية على المشرق العربى .. ولم تكن الشريعة
الإسلامية حاضرة فى هذه الجهود .. فكان طبيعياً أن تتعثر الخطوات وأن
تضطرب، وإذ كنت مقرراً للجنة الصياغة الأخيرة .. فقد شهدت الجلسات كلها
ثمانية عشر شهراً .. وتعرضت مع زميلين اثنين لصياغة المواد .. وكانت أخطر
عقبة اصطدمت بها الجهود .. هى التفرقة العلية بين هذه المفردات الشائعة :
الموظف — المستخدم — داخل الهيئة — خارج الهيئة — عامل زهورات —
عامل مستديم — عامل مياومة — عامل فنى — داخل الكادر — خارج الكادر
— عامل ماهر — وغير ماهر — وصانع وحرفى — وفلاح .. إلى آخر
التفصيلات التى أزعجت الباحثين وغلبتهم على أمرهم حتى يئسوا من وضع
القواعد المنصفة .

* وهكذا انتهت الجهود إلى هيكل ضعيف الأساس .. ولقد حاولت التذكير
بأن تقسيم السلف الصالح هو الصواب : أجير خاص أو أجير وحد (١) ، وأجير
مشترك — وهذا هو الإطار الجامع المانع الذى يضم الجزئيات والمفردات فى
حدوده .. فإذا لم نلتزم بالأوضاع الشرعية فإن عملاً سيقوم على شفا جرف ،
وعما قليل سينهار .. ولكن التيارات الفكرية التى تقدم ذكرها كانت تعصف
بالرءوس .. وما زلت أذكر إلى الآن رصانة الفقه وتفاهة النظرات التى
شهدتها .. وانهت إلى البوار .. وكان ذلك بمناسبة متابعة العمل مع
لجان اللائحة .

* وفى إجازة الأشخاص أيضاً كان لى موقف من بعض رجال القانون الوضعى
ومنهم المرحوم أحمد نجيب الهلالى ، والمرحوم الدكتور / عبد الرزاق السنهورى .

(١) وحد : بفتح الواو والحاء وسكون الدال أى أجير لواحد من أرباب
الاعمال فهو أجير خاص أو وحد .

وقد أخذنا معاً (أو أخذنا الهلالي وتابعه السنهوري) عن الشروح الفرنسية وذهبنا مع الفرنسيين إلى القول بأن «إجارة الأشخاص» لاتليق بالآدمى فى عصر النور والحرية .. من بعد الثورة الفرنسية وميثاق حقوق الإنسان ١١ وقالوا — عفا الله عنهما — إن عقد الإجارة ، فى زمنا هذا .. يجب أن يقتصر على الأعيان والحيوان .. فأما الإنسان : فقد استحدث القانون الوضعى ما يليق به .. وهو عقد العمل الفردى وعقد العمل الجماعى .. وكانت لى جولة قصيرة مع هؤلاء — فى مجلة الرعى الإسلامى — التى تصدر بالكويت وكان بوى أن أعرض لإجارة الأشخاص فى هذا المؤتمر .. المحدد لعقده شهر القعدة من عام ١٣٩٦ هـ .. ضمن العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المعاصرة .. ولكن لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، ولعل المستقبل يجود بما هو متعذر الآن .. وكل شىء بأمر الله سبحانه وتعالى ..

* والحق : لقد تركت الكثير الهام .. ثم خشيت السكوت عند حد الترك فيقال بأن ما تركناه لا يطاول العصر .. فكان لزاماً أن نؤكد تفروق الشريعة الإسلامية وكماها فى كل عقد .. أما تقصير البحث الحالى فىرجع إلى قصور القلم وحسب .

خطة العمل

* ذكرنا من قبل أننا جئنا ببعض العقود فى تسلسل منطقي ، بقدر ما ظهر لنا من حيث النسق الرتيب .. فمثلاً : الكلام عن شكل المشروع مقدم على غيره ثم يجيء الكلام عن الشركة باعتبارها من أهم أشكال المشروعات قديماً وحديثاً .. وبعد ذلك .. العقد بوصفه ميثاقاً يجمع وينظم .. وقد يليق بعد ذلك أن نتكلم عن الضمان .. ما هو ؟ — ثم الإيداع أو الرديعة .. وقد يسبق ذلك بخطوة واحدة .. «الامن» لأنه الأصل فى المعاملات .. وتجيء العقود الأخرى بعد ذلك تباعاً .. ثم ننقل إلى مصادر المادة وما أسهمنا به فنقول وبالله التوفيق : مصادر كل فقرة واردة فى المكان المناسب .. فإن صرفت النظر عن ذكر

المصدر فإن هذا التصرف يجعل على واحد من أمرين .. أحدهما أن يكون القول من حفظي ولا أذكر المصدر تحديداً (وهذا نادر) أو يكون القول من اجتهادي في حدود عملي زهاء خمسين عاماً .. ولقد أخذت عن مصادر ذات وزن كبير .. منها : بحث لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في عام ١٣٩٤ هـ (عن التأمين) وبحوث ثلاثة أعدتها عن التأمين أيضاً ، وهي فنية أساساً .. وقد قدمتها للهيئة الموقرة سائفة الذكر عام ١٣٩٤ هـ وكذلك أخذت عن دراسة حسنة لعقد « الحوالة » قامت إعدادها مؤسسة الفقه الإسلامي بالكويت ، ونشرت في عام ١٣٩٠ هـ .. وقد اخترت منها فقرات ذات صلة بخط التفكير الذي التزمت به .. وهكذا يكون عملي في الجزء الخاص بالحوالة مقصوداً على الاطلاع والاختيار أو ما يعرف عند النرجمة بقولهم « قراءات readings » وفي هذا القدر المتواضع من جانب الباحث .. تيسير لطلاب العلم الذين يرجعون في المستقبل إلى أعمال هذا المؤتمر .

(الخلاصة الوافية)

بقي أن أعرض لما هو مقدم اليوم .. بكلمات شديدة الإيجاز إقطعية الدلالة قدر الإمكان .. لعل في هذه الكلمات ما يعين على إزالة الغموض عن موضوعات يسكنر بشأنها الأخذ والرد .. وقد تعاود المؤتمرات في دوراتها النظر فيها مرة بعد أخرى .. وقد تبدأ مراراً من حيث بدأت المؤتمرات السابقة .. وسيلحظ القارئ الكريم أن الصبغة المصرفية تغلب أحياناً .. وذلك بسبب ما لقيته من عميقة في إعداد الهيكل الإداري والدورة المستندية وجملة الوثائق وما في حكمها لبنك إسلامي .. حين أسهمت في إنشاء « بنك دبي الإسلامي » . وقد مضى على قيامه عام واحد .. ومن الإنصاف أن نقول : إن استكمال بناء هذه المنشأة الإسلامية سوف يستغرق زمناً ، ويستنفد جهوداً صادقة لأعوام غير قليلة — وليست البنوك هي كل شيء في ميادين المعاملات وإن كانت من أهمها ، ومن دونها ميادين أخرى .. ولكن أصالة العقود الشرعية

وكفايتها هي محل النظر هنا .. فنقول عن دراسة نظرية ، وعن ممارسة عملية لأبأس بها ، وإن العقود الشرعية وما يدور في فلكها من التراث الإسلامى هي المتفردة بالوفرة وبالمرونة وبالثبات جميعاً ، وهي المعين الذى لا ينضب ومن أحكامها يستمد الباحث جملة الضوابط التى لا تخطئ .

* واقد يذهب البعض إلى الظن بأن هذا القول فيه مبالغة أو حماس .. وليس كذلك .. ولكن الوقت المتاح لا يتسع للتدليل على ما ذهبنا إليه من تعميم الحكم على صلاحية العقود الشرعية ودقتها مع الوفاء بما هو المطلوب اليوم .. وبحسبنا إذن أن نجوء بأمثلة قليلة من خارج الميدان الذى تغشاه هذه الدراسة .. فنقول .

١ — فى أحكام عقد النقل ومسئولية أمين النقل ، انضح أن أقوال الفقهاء أسبق من كل التشريعات الوضعية الحديثة .. فى تقدير جسيمة المسؤولية التى تقع على الأمين .. إن كانت النتائج التى ترتبت على الخطأ أو التقصير ، بالغة من المدى حالاً تبيانه فى الحالات العادية .

* ظهرت هذه الموازنة من خلال المحاكمات التى جرت لعمال الصيانة وضباط الخدمة الأرضية فى المطارات .. حين يترتب على الخطأ اليسير الذى يقع من بعضهم أن تذهب أرواح المئات من الركاب وأطقم الطائرات .

٢ — وحين انهيار^(١) بعض المباني ، بعد إقامتها .. وذهبت أرواح بريئة تشكو إلى خالقها .. وجيء بالمقاول وبالمهندس وبالمالك .. وعرضت الجرائم التى ارتكبوها ووصفت بعبارات القوانين الوضعية .. تبين أن القوالب التى صبت فيها الجرائم والعقوبات لا تسمح للقضاء بإزالة العقوبة الرادعة .. ومعلوم أن القصد الأول من العقوبة هو الردع ومنع التكرار .. وأما الانتقام فغير مقصود .. وهكذا كانت الجرائم صارخة والأحكام هينة .. على حين أن أحكام الشريعة بريئة من هذا التخازل .

(١) تقول : انهيار بعض المباني أو انهيارت بعض المباني وكلاهما صواب .

٣ — وفي أحداث الخيانة الكبرى والاختلاس والتبديد والتخريب المتعمد .
بقصد الإضرار بالصالح القومي لصالح العدو .. أو بقصد إخفاء جرائم
السرقه والنهب .. وضع للناس أن الأحكام الوضعية وما يسبقها من إجراءات ،
بالغة الضعف والهزال .. ومع ذلك مازالت بعض الأصوات ترتفع بنقد
الشريعة وأحكامها لمجرد الولاء السلي لما يقال له التشريع الوضعي الحديث في
كل ميدان !!

٤ — وفي أحكام الشركات استوقف نظري بعض أقوال السلف الصالح ،
ومنهم . الشيخ « عليش » في موسوعته « منح الجليل » حين تكلم عن كراهة
الشركة بين رجل وامرأة (غير محرم) لمباشرة نشاط تجارى .. نظراً لما في
تشابك المصالح وتكرار الأخذ والرد والمشاورة والمحاسبة .. نظراً لما في هذا
كله ونظائره .. من احتمال الآفة الزائدة أو الإعجاب أو الفتنة وقد توقفت قوانين
الأرض كلها — فيما نعلم — عن إثارة أمر كهذا .. ولكن السلف الصالح حين
يكتب عن العقود أو المعاملات أو العبادات لا يفرط في شيء من آداب الإسلام
وأوامره ونواهيه .. كما لا يتغاضى عن سد الذرائع ما وجد السبيل .. لآنقول
بأن عقد الشركة بين الرجل والمرأة محرم أو مكروه بل نقول وحسب : إن للتشريع
أصولاً وقواعد .. وإن له أيضاً حصانة من الآداب وحصانة من تقوى الله ..
ومثل هذه الروافد التي تصب في مجرى الأحكام الأصلية الملزمة .. تضاف على
العقود والمواثيق والإجراءات .. صبغة إنسانية كريمة .

٥ — وفيما كتبه « السرخسي » في كتابه « الأصل » عن التجارة الدولية وما يجوز
بيعه عبر الحدود للصديق وللخصم المرتقب وللعدو المترهب .. فيما كتبه هذا الفقيه
سبق بعيد لكل ما عرف في زمانه ، وبعد زمانه بقرون كثيرة عن المراد التي يقال
لها « استراتيجية » أي من المواد التي يعتمد عليها المسلمون في الدفاع عن دينهم وعن
الأمة .. فإذا خرجت من أيديهم بعقد بيع سليم من حيث النراضى .. فإن هذا
الفعل مكروه عند الفقهاء .

• لقد ذكرنا هذه الأمثلة القليلة — استطراداً — لمجرد التذليل على أن القدر الذى تناولناه .. لا يزيد على قطرة من نهر يفيض بالخير العميم .. ومن يرد الله به خيراً .. ييسر له سبيل الأخذ من الكتاب والسنة ، أو كما قال « ومن يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » .

العقود فى كلمات

• نريد بالعقود هنا .. ذلك العدد المحدود الذى جا. ذكره فى البحث الحالى .. ومن ثم تكون هذه الفقرة استمراراً لسابقتها .. مع التركيز على النواحي التى نلظنها جديرة بالنظر ، فى كل عقد بدوره .. وقد عرفنا بما تقدم بيانه .. أن أشكال المشروعات قد أخذت فى زمتنا هذا دوزاً إيجابياً يؤثر فى الملكية ويتأثر بها .. وهذا أمر مستحدث .. ينبغى ذكره قبل الكلام عن عقد الشركة (وهو أول العقود فى بحثنا) فنقول وبالله التوفيق^١...

أشكال المشروعات

• المشروع الإنتاجى طاقة معزولة ، أو هو مجموعة من الموارد والطاقات الطبيعية التى يتولاها الإنسان بحيلته وبمهارته لكى يجعل منها متكاملة جهازاً ينتج خدمة أو سلعة تشبع بعض حاجات الناس .. ويقابل لفظة المشروع فيما نحن بصدده مفردات أجنبية منها مايلى :

concern , enterprise , productive-unit

على خلاف يسير فيما بين معانى هذه المفردات .. ومن الأمثلة على المشروعات أو الوحدات الإنتاجية : ورشة لصيانة السيارات ، ومخبز ، ومتجر ، ومصرف .. الخ . وغرضنا من هذا التمهيد هو القول بأنّه تجب التفرقة بين المشروع بوجوده فى عالم الحقيقة .. وبين الشكل الذى يتخذه المشروع .. وما الشكل إلا وعاء تصب فيه الوحدة الإنتاجية « pot » كما يقولون فى اللغة الانجليزية .. أما الفرنسيون فيعتبرون الشكل نوعاً من الصورة « forme » أو يعتبرونه (٢٢ — عقود)

وداء يلقي على المشروع ليميزه من غيره *vetement* .. كما يقول « ريبيرت RIPERT »
أحد أعلام القانون التجارى فى فرنسا .

وأقدم الصور والأشكال هى من محال الأفراد .. وأهمها وأخطرهما :
الشركات .. وتعتبر « شركة المساهمة » أكبر الأشكال أهمية وأكثرها انتشاراً ..
والجدير بالانتباه أن « شركة المساهمة » هذه « لا شركة » ومن أسباب القلق فى هذا
الجيل المعاصر أن أصبحت « شركة المساهمة » كما يقولون هى الشكل المعتمد فى
القوانين الوضعية للبلاد الإسلامية .. فى أخطر الميادين .. كيدان الصيرفة والتأمين
وإدارة المرافق العامة بالتفويض من الدولة .. كما فى شركات النقل وتغذية المدن
بالتيار الكهربائى وبالماء — ثم إن الفكر الاشتراكى جاء إلى بعض البلاد الإسلامية
بمفردات موهلة فى العجب .. كالشركة العامة والهيئة العامة والمنظمة .. وإذا قورن
هذا كله بما فى مراجع الفقه لتعين الوقوف طويلاً قبل اعتماد هذه الأشكال الحديثة
من صور المشروعات .. والناس فى نشاطهم الاقتصادى مجبرون على التعاقد مع هذه
المستحدثات ، ومن ثم كان النظر إليها ، ولو نظرة عاجلة ، أمراً مرغوباً فيه قبل
المضى فى عرض المادة الأصلية للبحث .

الشركة

« الشركة — كما عرفنا — هى مجرد « شكل » يتخذ المشروع المعين .. وليست
الشركة ذاتها وحدة إنتاجية نافعة .. بل هى الشكل أو الوعاء أو الرداء
« *vetement* » وأهم ما نلاحظه على القوانين الوضعية أنها تضع شركة المساهمة فى
الموضع المميز من جملة الشركات بأنواعها المعروفة فى الفقه وفى القانون الوضعى ..
ذلك .. على حين أن « المساهمة » فى حقيقتها (ولا نقول شركة المساهمة) هى منظمة
مالية يلتحق بها من يشاء بإرادته المنفردة ، حين يكتب فى الاسم أو حين يشتريها
من سوق الأوراق المالية (١) فيكون « مساهماً » ومن حقه أيضاً أن يبيع الاسم

(١) الأوراق المالية هى الأسهم والسندات وشهادات الاستثمار وأذونات
الخزاة .. أما تسمية النقود الورقية والبسكنوت بهذه العبارة خطأ كبير ، وهو
مشهور مع الأسف .

يأرادته المنفردة فيخرج من جماعة المساهمين بغير إذنتهم بل بغير علمهم .. وما هكذا الشركات .. ولا هكذا العقود قطعاً .. والأمر واضح — ومع ذلك هو خطأ مشهور ويبدو أنه لا فكاك منه .. ثم إنه بدأ من أواخر القرن الخامس عشر .. وتطور بوجه خاص وبسرعة فائقة خلال القرن التاسع عشر .

• ولا علم لنا بأن الفقه الإسلامي يعترف بهذا النوع من الشركات .. وللساهمة مزايا وعيوب .. ومن أهم المزايا أنها منظمة تعيش مستقلة عن الأشخاص الطبيعيين وقد تصل مدة الواحد منها إلى عشرات السنين ، وقد تعيش قرناً من الزمان أو عدة قرون .. وبعض وجوه النشاط تصلح حالة على هذا النوع من التنظيم .. ومن عيوبها أنها تجمع الصالح والطالح من عباد الله ، في « جمع واحد » يقال له « الجمعية العمومية للمساهمين » ولا خيار لأحدهم في أن يكون زميلاً في هذا التنظيم لبعض خيار القوم أو لبعض الأشرار .

• ولقد تحدثت إلى بعض العلما المعاصرين في هذا الأمر .. ولم أجد جواباً شافياً ولذلك قيل « الأصل في الأعمال الإباحة » ولا تحريم ولا تجريم إلا بنص .. كل هذا صحيح .. لكنه لا يزال قيد البحث .. ولهذا تأثيره في موضعه هنا .

العقود

• العقد هو الموثق والميثاق .. وهو العقدة التي تربط بين طرفين ، ومن خير ما ورد في خصوص العقد قول الجصاص « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو .. أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه .. » وقد جئنا في فقرة قالية بأثارة من علم الأولين عن العقد كما ذكرنا من قبل تفصيل العقود بمناسبة ما ذهب إليه العارفون .. من اعتبار الزكاة عقداً تسليفياً ونحن نتابع هذا القول .. منراه صواباً .

الضمان

* الضمان كالكفالة . . . وهذا العقد ، مع عقد التأمين ، يشبهان حجر الأساس في كل معاملة . . . واذلك حرصنا على التوسع بعض الشيء عند الكلام عن بعض فقرات هذا البحث . . . فبدأنا بالنظر في معاجم اللغة ، ثم كتب التفسير والحديث . . . وأخيرا جئنا باليسير من أقوال المشتغلين بالدراسات القانونية الوضعية . . . وفي صدر كل فقرة مقدمة خاصة بها تكشف عن أهم بنودها . . . ومن ثم تعين الاختصار في هذه المقدمة العامة .

الوديعة

* أحكام الوديعة تتناول الخلط والضمان ومسئولية المودع لديه . . . كما أن المساس بالوديعة إن كانت من المثليات . . . فيه نظر . . . فمن الأئمة من يرى جواز التصرف في الوديعة مع الضمان . . . ومنهم الإمام مالك رضى الله عنه كل ذلك وارد قبل ظهور الأدوات المتخصصة في قبول الودائع . . . كالمصارف وهيئات الاستثمار . . . فهذه وتلك . . . صناعتها قبول الودائع وحفظها وتوظيفها . . . ولكن هل يجوز التصرف في الوديعة إذا اشترط صاحبها عدم المساس بها . . . نقول : نعم إن كانت من المثليات . . . والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحويل أدوات الادخار والاستثمار إلى سجون تحبس القيم والقدرات على التصرف الاقتصادي . . . وليس شيء من ذلك بداخل في مقاصد الشرع الحنيف . . . وما أحسن قول المقرئى « النقود كالجنود إن حبستها عطلتها » .

ثم إن المسائل التي تفرع على الوديعة وتكائنها لدى أدوات الادخار والاستثمار (كالبنوك وهيئات الاستثمار وهيئات التأمين والشركات المشتغلة بمثل ذلك) هي مسائل بالغة الأهمية . . . ومن ذلك مثلا : أن الأدوات المذكورة تستطيع أن تخلق النقود خلقاً بالتوسع في منح الائتمان . . . فتنشأ النقود الكتابية والنموذجية الائتمانية . . . وتتكاثر وسائل الدفع وبدائل النقود ، وما لم يكن هذا النشاط خاضعاً

ظرفية الواعية فإن التضخم يكتسح الأسواق وتتأذى كثرة العباد من أصحاب
الدخول النقدية المحدودة كالأجراء والعمال بوجه عام .. ولقد بدأ التضخم
النقدي مع الحرب العالمية الأولى في أوائل سبتمبر سنة ١٩١٤ م .. حين خرجت
بريطانيا عن قاعده الذهب وفي هذا الأمر الخطير تفاصيل جثنا بطرف منها في
كتابنا عن « اقتصاديات النقود والمصارف » — وبتزايد الودائع زادت قدرة
المصارف على منح الائتمان أضعافاً وزادت محنة التضخم أخذاً بمخناق العباد .. والمصارف
لها مصلحة يعترف بها القانون الوضعي .. وتمثل في بيع الائتمان نظير الفوائد
الربوية .. فكيف تكون سياسة البنوك الإسلامية في أمر الوديعة الشرعية ..
وفي أمر الائتمان؟ هذا ما أشرنا إليه في مدخل الكلام عن الوديعة في مكانها المناسب
وبقي التنبيه إلى أن الوديعة في المصطلحات التجارية قرينة الفائدة الثابتة لمصلحة المودع .
وهذا حرام فيما نفهمه من أحكام الشريعة .. لأن الفائدة بكل صورها وبكل حجوما
اليسيرة والخطيرة .. والبسيطة والمركبة ، وبأسماها الملتوية كالخصم والخطيئة
والسباح بقصد تعجيل الدفع .. هذه الصور كلها « ربا » والربا من الكبائر وإن أصر
البعض على التشكيك في ذلك .

الأمين

وفي مادة الأمن والتأمين والائتمان مجال فسيح للقول ، لا يزال ، على الرغم من
كل الجهود التي بذلت .. ولذلك أعطينا هذه الفقرة — في دورها — بعض العناية
وجئنا في صدرها بموجب قد يحفز على النظر في مادة الأمن كلها .

القرض

وفي القرض والقراض والمضاربة مناهج مشروعة لتوظيف الأموال .. ولها
وزنها في البنوك الإسلامية .. ولذلك عاجناها على نحو ما ذكرناه في أمر
التأمين والائتمان .. أي أننا جئنا بخلاصة مناسبة في صدر كل فقرة تناولت
هذه العقود .

الحوالة

الحوالة، شرعاً، هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة .. إما بقصد التملك أو بقصد الوكالة عن الدائن الأصلي .. ولهذا العقد موضعه في كثير من عمليات المصارف والمعاملات التجارية .. وكذا في الأوراق التجارية كالكمبيالة والسند الإذني عند تظهيره .. وبالتوسع في المعاملات وأدواتها أصبحت الفواتير المقبولة نوعاً من أدوات الائتمان ومن وسائل الدفع .. أى قضاء الدين بإحالة الدائن على مدين اشترى وقبل القاتورة وإذا كانت أعمال البنوك الإسلامية موضع الاهتمام في جيلنا الحاضر .. فلم أجد خيراً من الدراسة التي أعدتها « موسوعة الفقه الإسلامي » بالكويت .. فأخذت عنها بعض فقراتها دون تصرف .. ومن قبل ما أصدرت الموسوعة ذاتها بحثين عن الأطعمة والأشربة وفي ظن القارئين بأمر هذه الموسوعة أن كل ما صدر عنها إلى الآن يعتبر مسودة أولية .. ولكل باحث أن يطلع عليها للإفادة وللتعقيب ما أمكن ذلك — ولقد سبق لي أن وصفت هذه الفقرة من البحث الحاضر .. بأنها « قراءات » قد يكون لهما بعدها وفي الجمع الكريم الذي يلتئم في الرياض ، في ذى القعدة ١٣٩٦ هـ إن شاء الله من يقدر الجهد الذي بذلته الموسوعة ؛ ومن ثم كان تيسير الاطلاع (لمن لم تصله المسودة الكاملة) عملاً لا بأس به .. وأما دوري في هذا الخصوص فلا يزال في أوله لأنني أتابع حالياً إنزال العمليات المصرفية التي تقوم على « الحوالة » في موضعها الصحيح من الإطار الحاكم لحوالة الحقوق والالتزامات .. من خلال النشاط المصرفي ثم من خلال المعاملات التجارية التي قد لا تتم بالمصارف .. والله المستعان ..

خاتمة

فيما تقدم مقدمة عامة .. وتلخيص لأهم ما جئنا به في الفقرات التي بين
يدي القارئ الكريم .. وقد زدنا عليها ملحوظات سريعة تناولت أموراً لم
ترد في البحث الأصلي ..

وذلك لأسباب ذكرناها من قبل . على أن صدر كل فقرة قد ينطق بكلمات
معدودات لها وزنها ودلالاتها، وإن كانت لا تغني عن النظر في البحث
كله .. وبالله التوفيق .

المؤلف

المبحث الاول

أشكال المشروعات

القول في أشكال المشروعات يحىء عرضا .. إذ البحث أصلا في العقود .. ووجه الضرورة هنا .. أن العقد رابطة وميثاق بين طرفين أو أكثر .. ومن الأطراف ما يكون « شخصا طبيعيا » ومنهم ما يكون « شخصية معنوية أو اعتبارية » كالجمعية والشركة والمؤسسة .. ومن ثم كان لزاما أن نلقى بعض الضوء على الرداء الذى تتخذه المشروعات بوجه عام .. والحديث منها بوجه خاص :

من المتفق عليه أن الشخصية الاعتبارية (سالفه الذكر) لم تجد مستدا من التراث الإسلامى .. ومع ذلك تفيض مؤلفات العرب والمسلمين بما يفيد اعتمادها ، فمن إذن أمر واقع .

ومع انتشار الفكر المناهض للرأسمالية التقليدية .. ظهرت أشكال ترتديها المشروعات المؤممة .. أى التى نزعت ملكيتها من أصحابها وألقى بها فى خضم النشاط الاقتصادى .. وفيه صراع متزايد .

وقيل بأن الحديث من أشكال المشروعات يحقق أمرين : أحدهما الإبقاء على الحافز الشخصى بحكم الولاء العام للمجتمع .. والآخر الثانى تخليص المشروعات من الروتين الحكومى كما هى الحال فى المصالح . وجاء بعض التجارب العملية وكانت النتائج : ضياع الحوافز وبقاء الروتين .

أما أقدم الأشكال .. فهو محل الفرد وحده فى متجره أو حقله أو ورشته .. وكان طبيعيا أن يتعاون الفرد مع أسرته .. ثم كان تظالم العباد وتسخير الضعفاء .. ومن ثم كان ظهور الرقيق فى خدمة صاحب المشروع .. ثم استيقظ الرقيق وركت حال السادة فظهرت إجارة الأشخاص .. وعن هذا العقد بدأ عقد الشركة .. واستمرت

الحال إلى أواخر القرن الثامن عشر حين زعم البعض بأن حرية النشاط الاقتصادى كبيرة الخطر على المجتمعات .. ومن ثم تنادت المدارس الاقتصادية بمبدأ « التدخل » .

كان ذلك لعهد المدرسة التاريخية وماتلاها .. إلى يومنا هذا .. ثم وفدت الوافدة إلى بلاد المسلمين مع أواسط القرن العشرين .. ولا تزال الرياح الفكرية عاتية .

هذه الدراسات إذن لاتزال حديثة أو معاصرة ، ولما تستقر .. ولقد كان الاتجاه إلى الأخذ بهذا الأسلوب الاقتصادى على نطاق واسع قد وضعت برأيه فى شتاء عام ١٩٤٤ أثناء الحرب العالمية الثانية .. إلا أن الأسس الفكرية وأمثلة كثيرة من التطبيقات .. ترجع من حيث بدايتها فكرو ورأى .. إلى أوائل القرن التاسع عشر ، حين نشأ الاتجاه نحو التأميم فى فرنسا كامتداد لرأى قانونى أكثر من التأميم شمولاً .. وقد تبلور هذا الرأى القانونى فيما يعرف « بنظرية المؤسسات العامة » التى تقول بأنه من حسن السياسة أن تعهد الدولة بإدارة مصالحها الفنية إلى هيئات مميزة عن المصالح التقليدية ضمانا لاستغلالها على أحسن صورة ممكنة .. وكان لازما أن يعمل رجال الفكر الاقتصادى وزملاؤهم من رجال القانون والادارة .. على إيجاد صور وأشكال مستحدثة للشروعات وللنشآت التى تقوم على تحقيق هذا الغرض وهذا هو الأصل فى ظهور الجديد من المصطلحات والرموز التى تداولتها الأوساط العلمية ودوائر الأعمال فى نطاق محدود خلال القرن التاسع عشر ، ثم توسع الباحثون وأسرف الداعون إلى الأخذ بهذا الجديد المستحدث فى ميادين التطبيق العملى .. حتى أصبح أمر المؤسسات العامة والهيئات العامة والشركات العامة والقطاع العام .. من أكثر القضايا التى تشغل الحاكم والمحكوم جميعا ، ووفدت هذه العبارات وما ترمز له أو تدل عليه .. إلى المشرق العربى .. فى أعقاب الحرب العالمية الثانية .. فأخذ بها البعض وأنكرها بعض آخر .. ومن ثم كان بحثها جديرا بمزيد من البيان .. ذلك أنه :

أشكال المشروعات العامة والمشروعات المؤممة

Types and Forms of Public-ownership and Nationalized Enterprises

لم يكن التأمين عملاً مفاجئاً حين ظهر في فرنسا ثم في إنجلترا . . وإنما كان التأمين إجراء إدارياً يأخذ شكل القرار الصادر من السلطة العامة ، وكانت له دوافعه والبيئة الفكرية التي أحاطت به . . ثم إن صدوره عن الجهة الحاكمة أو الهيئة التي تملك السلطان واتخاذها شكل القرار الإداري مع استهدافه لإحداث آثار اقتصادية معينة ، جعله يتردد بين المصطلحات القانونية والمصطلحات الاقتصادية . . ولكنه وجد فرص التطبيق العملي ، ولا يزال ، وله آثار في واقع الحياة العملية . . وله مشكلات تدور حول نوع الأداة أو المنشأة التي تتولى أمر التصرف الاقتصادي (بدلاً من الفرد) وهل تكون هذه الأداة ذات صبغة حكومية خالصة ، كالمصلحة ، أم تتميز عنها كما تميزت عن منشآت الأفراد ، ثم كيف يتم تكوينها وربطها بسائر أجهزة النشاط الاقتصادي والسلطات العامة وجماعات المستهلكين ، وما هي الأسماء التي تدل بدقة على هذا المستحدث من المفردات في دوائر الأعمال .

هذه أمور شغلت العالم كله . . منذ أن ظهر الاتجاه إلى التأمين (من أوائل القرن التاسع عشر) إلى وقتنا الحاضر . . ومن أهم ما يثير الخلاف : أشكال المشروعات أو الصور التي تتخذها وحدات الإنتاج (بأوسع المعاني التي ترمز لها هذه المفردة) ، لتكون ملائمة للتطور في نظرة المجتمع إلى الملكية وللتربدين النزعة الفردية والنزعة الجماعية والتغير الطارئ (مع التكرار) على علاقات الإنتاج . . أى على علاقة العامل بصاحب العمل والآلة والأداة والخامات . . سواء أكان فرداً أم جماعة أم دولة ، وعلاقة المنشأة كلها بالمستهلكين وعلاقة الجيل الحاضر بالذي يليه ، وفي غمار هذه الهزات العنيفة في الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ، كان لابد من استنباط الجديد من القوالب التي تصب فيها عناصر الإنتاج لتسكون وحدة متكاملة ومعزولة عن العالم الخارجي ، يقال لها مشروع اقتصادي (كصنع أو متجر) وكان لابد .

من استنباط هياكل جديدة للإدارة تناسب فيها السلطة بالتفويض ويتحدد الاختصاص وتعين المسؤوليات على نحو يتفق وتراجع رأس المال عما كان له من هيمنة مطلقة أو تختفي هذه الهيمنة تماما وتحل محلها أساليب أخرى كمحاولة التعاون بين عناصر الإنتاج على قدم المساواة . . إن أمكن . . أو أساليب تخضع فيها هذه العناصر لسلطان الدولة . وفي ظل هذا القلق الفكرى المتصل جاء أصحاب الاجتهاد فى كل من فرنسا وانجلترا ، بمقترحات لقيت فرص التطبيق أو التجربة والتعثر والتعديل . . وعرف التاريخ الاقتصادى نماذج كثيرة منها المؤسسة والهيئة والشركة المختلطة والشركة العامة ، ومنها التوسع فى مدلول كلمة المرفق العام . . وفى بحثنا هذا نريد أن نقرب (بجهد اقتراب) من بعض هذه المستحدثات فى صور المشروعات وأشكالها . . إذ التوسع فى أمر كهذا يقوم على دراسة مطولة ولذلك سنعرض بإيجاز لنشأة هذه المفاهيم فى مجال الفكر ، ثم ظهورها فى ميادين التطبيق وأهم الأدوار التى مرت بها . . وذلك فيما يلى :

نشأت فكرة المؤسسة العامة مشوبة بقدر من الغموض ، لأن النظم الاقتصادية التى أوحى بها أثارت جدلا عقيما . . وما زاد فى غموض هذا المفهوم أنه اتخذ أشكالا متعددة كما اتسع نطاق تطبيقه مع تقدم القرن التاسع عشر ، مما أدى إلى الخلط بين المؤسسات العامة وغيرها من المشروعات ذات النفع العام . . كما أنه فى ظل الأنظمة الاقتصادية المتباينة التى عرفها الفكر الاقتصادى خلال تقدم الثورة الصناعية أنشئت أشكال أخرى للمشروعات ، لتحقيق تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى الذى يستهدف الصالح العام ، أو لتحقيق تدخلها فى النشاط الذى يحمل طابع الاحتكار أو يتصل بسلامة الدولة وأمنها ، أو يؤثر فى رفاهية المجتمع . . وتعرف هذه المؤسسات بأنها مؤسسات اقتصادية عامة ذات صبغة تدخلية وسنكتفى بعرض خطوطها الخارجية دون التفريعات . . فنقول :

كان لإنشاء هذا النوع من المؤسسات فى أوائل القرن التاسع عشر بقصد تأدية بعض الوظائف المعروفة للدولة آتخذ فى ظل المذهب الحر ، بمعنى أن يقتصر تدخل الدولة على تحقيق وظائفها التقليدية . . وإن كان الجدل الذى مهدت له المدرسة

التاريخية ، قد جعل التدخل الأشمل . . مفهوما يخالط الفكر — عندئذ — دون الفعل . . بمعنى أنه شغل المدارس والدعاة ولم يجد فرصة للتطبيق .

وفي أواسط القرن التاسع عشر ظهرت صورة مبكرة من خروج هذا النموذج الثماني المعين إلى عالم الحقيقة ، ولعل أول صورة عملية هامة لتدخل الدولة في بعض النشاط الاقتصادي ترجع إلى عام ١٨٤٢ ، حين نظمت الحكومة الفرنسية خدمة النقل بالسكك الحديدية بقانون ومنحت الدولة التزام المرفق لبعض الشركات المساهمة .

وفي خلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر كانت أهم المشكلات المترتبة على التدخل راجعة إلى مرفق النقل بالسكك الحديدية حال التوسع في مد الخطوط . . فقدمت الدولة تباعا الجانب الأكبر من المصروفات الرأسمالية ، أى من تكلفة التوسع في شبكة الخطوط الحديدية ، كما دأبت الشركات الملتزمة على المطالبة بسد العجز في نفقات الصيانة والتشغيل ، وأجبرت إلى مطالبتها كلها أو بعضها باتفاقات ألحقت بعقود الالتزام ، مما أدى إلى جدل شديد عرف بأزمة عقود الالتزام ، وقد أدى في آخر الأمر إلى شراء الدولة لمجموعة خطوط الأقاليم الغربية عام ١٩٠٨ .

وفي عام ١٩١٨ أعادت الدولة تنظيم خدمة النقل . . بأن أنشأت لجنة إدارية لضمان التعاون فيما بين الإدارات المسؤولة عن خطوط شتى الأقاليم ، وعززت هذا التنظيم بتكوين مجلس أعلى للسكك الحديدية يشرف على تشغيل المرفق ولضمان مواجهة التكاليف المالية على نحو يكفل التعاون بين الجهات المعنية أنشأت الدولة لهذا الغرض ، صندوقا موحدا فيما بين الخطوط .

إلا أنه على الرغم من كل هذه الجهود استمر العبء الواقع على الخزاة العامة في اتجاهه الصعوى حتى أعادت الحكومة الفرنسية النظر في مدى التدخل وأسلوبه . فرخصت عام ١٩٣٧ بإنشاء الشركة الأهلية للسكك الحديدية الفرنسية .

وجاء هذا الإجراء على مقتضى صورة أخرى من الصور المستحدثة لتدخل

الدولة في الاقتصاد وتعرف بالاقتصاد المختلط الذى تعددت حالات تطبيقه فى أوربا بعد حرب ١٩١٤ — ١٩١٨ ، وفيه تأمين جزئى أو شبه تأمين .

كذلك مرت صناعة الطاقة الكهربائية بأدوار شديدة بما تقدم ذكره عن النقل بالسكك الحديدية .

وقد ظهرت الحاجة إلى التدخل من الدولة فى هذا النشاط بمناسبة إقامة منشآت كهربائية على الطرق الإقليمية المارة خارج المدن . . إلى أن كان عام ١٩٣٥ حين شمل تدخل الحكومة الفرنسية جميع المشروعات التى تعتمد على الفحم فى توليد الطاقة الكهربائية واستكملت الدولة سيطرتها على إنتاج هذه الطاقة .

كما صدر فى عام ١٩٣٦ قانون بتأمين المشروعات الخاصة التى كانت تنتج السلاح والذخيرة والطائرات وغيرها من معدات الحرب أو كانت تنجر فيها أو تحقق الربح عن طريقها .

هذه أمثلة من التجارب التى مرت بها فرنسا خلال القرن التاسع عشر وأوائل العشرين إلى أن قامت الحرب العالمية الثانية . . وقد رأينا من تتابع الأحداث أن التغيرات التى طرأت على وحدات الإنتاج وأهمية الخدمة التى يؤديها بعض هذه الوحدات قد دعى إلى التفكير فى التدخل ثم البحث عن الصورة التى سيكون عليها هذا التدخل .

ولئن كانت موجة التأمين قد استمرت وتجددت بعد الحرب الثانية إلا أن هذه الأصول التى صاحبت تقدم الثروة الصناعية هى التى أرست بعض القواعد واستحدثت ما عرفناه من صور المنشآت والمشروعات التى خرجت من الملك الخاص وخارجا تماما أو جزئيا . . ومن ثم وصفت بأنها عامة .

وقد سارت إنجلترا خلال الفترة الزمنية ذاتها على وجه التقريب فى الطريق ذاته

كما يجعل الموازنة بين أحداث الدولتين مفيدا (١) .

ولكن بلادنا العربية جديرة بكلمة موجزة .. بالقدر الذى لا يخرج بالبحث عن منهجه الاصلى .. فنحن نبحت فى « بعض العقود » وإنما يحىء البحث فى أطراف العقود عرضا .

ولقد أخذت بعض البلاد فى المشرق العربى بما كان فى فرنسا وفى إنجلترا طوال القرن التاسع عشر وإن كان البلدان المذكوران قد عدلا عن كثير مما صورته الخيال : . . ولكننا أينا إلا أن نشرب الكأس حتى الثمالة — ولقد فعلنا . . وفى أجهزة الإعلام ومراكز البحث العلمى والجامعات كما فى الدوائر الرسمية دراسات وآمال وأحلام من أجل الرجوع عن القطاع العام والشركة العامة والمؤسسة العامة .. ولكن كيف ؟ إن البناء الاقتصادى إذا اتخذ شكلا معيناً فإن تعديله غير يسير .. ومع ذلك لا تزال الجهود مبذولة فى جو من القلق الفكرى المتزايد .

* * *

ويرحم الله ابن خلدون فقد قال فى مقدمته من ص ٢٦٦ إلى ص ٢٦٨ طبعة القاهرة سنة ١٣٢٠ ما يلى بالنص : فصل فى أن التجارة من السلطان مضرة بالرعايا مفسدة للجباية .. وهذا هو عنوان الفصل .. أما مادته فوجزة ودقيقة الإبانة عن رأى سبق به ابن خلدون وتثبت صحته زهاء ستة قرون .. ونرى أن هذا القول الثابت لا تتأثر منه مساهرات القرنين الأخيرين ولكن الأمة الإسلامية مجبرة على مواجهة التيارات الفكرية العاصفة ولها من الدين وعلمائه .. الركن الركين .

(١) تعتبر فرنسا هى الرائدة فى استحداث الأشكال الجديدة للمشروعات .. ولذلك اكتفينا بالقدر المناسب من تاريخ هذه الهيئات والمؤسسات فى فرنسا ولمزيد من دراسة الموضوع يمكن الرجوع إلى كتابنا « الاقتصاد الإسلامى » مدخل ومنهاج من ص ١٩٨ — ٢٠٠ الطبعة الأولى بالقاهرة عام ١٣٩٤ هـ — ١٩٧٤ م

الشركة

شركات المساهمة هي أهم شكل تتخذه المشروعات .. وتاريخها يرجع إلى خمسمائة عام .. وليس لها ذكر في مراجع الفقه الإسلامي لأنها نشأت في مدينة البندقية بإيطاليا .. في عهد كانت فيه الأمة الإسلامية تعيش في داخل إطار من تراثها وتقاليدها ونظمها .. وكان الإطار كافياً للإحاطة بحجم النشاط .. ثم بدأ الزحف من جانب المصالح الأجنبية على دار الإسلام مع القرن التاسع عشر وتزايد بسرعة كبيرة .. حتى تشابكت المصالح وغلبت النظم التي عرقها البلاد الغنية على النظم الأصلية في بلاد المسلمين ..

وشركة المساهمة ، في واقع أمرها ، هي « لاشركة » بل منظمة مالية ومن أخطارها أنها مهدت في أواخر القرن التاسع عشر لظهور « التنظيم الاحتكاري » ، الأفقي والرأسي ، كما ظهرت صور وأشكال جبارة .. منها « الكارتل » و « الترس » و « شركات المجموعة » والشركة الأم والشركات الوليدة ، وتنبه بعض الحكومات لخطورة الاحتكار فتدخل بإصدار القوانين المنظمة والممانعة ، ولكن خبراء التنظيم والإدارة تلسوا المخارج في صور أخرى منها « التسكامل » .

القول إذن بوجود « شركة المساهمة » هو خطأ مشهور أو مستقر .. ويبدو أنه لافسكاك منه .. أما العناية بدراسته وإصدار التشريعات الحاكمة له في البلاد العربية فهي عناية قليلة وبطيئة .. وفي الغرب عناية فائقة .. ومن ذلك وجود موسوعات متخصصة للشركات .. وللمساهمة منها النصيب الأوفى .. نذكر منها « موسوعة جوريس كلاسير » JURIS CLASSEUR - Sociétés وهي كغيرها من الموسوعات تتابع ما يصدر من تعديلات .. وتبعث للمشاركين بكراسات جديدة .
تحل محل النصوص الملغاة أو المعدلة .. وهذه وتلك تحفظ جانباً للرجوع إليها حال النظر في حق التزام نشأ في ظلها .

ولقد عني صاحب هذا البحث بدراسة الشركات وتدريسها بالجامعة ، زمناً ، وأصدر مجلداً واحداً يقع في ألف صفحة ويتضمن الأعمال التشريعية الحاكمة لشركات الأموال في مائة عام (١٨٥٨ — ١٩٥٨) والله الموفق إلى المتابعة ومنه العون وكل شيء عنده بمقدار .

الشركة

الجوهر والشكل

المشروع — في إدارة الأعمال — هو مفهوم اصطلاحى يرمز للوحدة الإنتاجية القائمة على إيجاد سادة أو تآدية خدمة تستهدف إشباع بعض حاجات الناس .

ومن ثم نلاحظ أن المقصود بالمشروع ، فيما نحن بصددده ، هو الوجود المادى لمنشأة ناشطة في دوائر الأعمال .

وأما الشركة فهي الشكل القانونى الذى تتخذه "بعض المشروعات — أو هي الرداء الذى تظهر به مدخرات جماعة من الناس ، تهدف إلى توظيف أموالها فيما يعود بالنفع على المجتمع كما تهدف إلى تحقيق مصلحتها الخاصة ، وتتخذ هذه المصلحة صورة متعارفاً عليها ، تسمى الربح ، وما الربح إلا زيادة فى المال الموظف أو هو خياوة فى سبيل الإثراء عن طريق تنمية المدخرات .

نشأة الشركات

والشركة تفريع على الملكية الشائعة ، وقد أبان القانون الرومانى عن التطور التاريخى من بعض حالات الشيوع إلى عقد الشركة ، وعرف الرومان أنواعاً من عقود الشركات ، يدخل بعضها فيما نسميه الآن " بشركة الأموال " ومع ذلك يمكن الرجوع بنشأة الشركة إلى تاريخ أسبق ، حين نلاحظ أن الفرد — فى أوائل عهده بما يشبه الحضارة المادية — كان يستقل ببذل الجهود ، ثم يقايس بما يفيض عن حاجته .

وكان القوى يتحكم فى الضعيف ويسخره ، وكان الضعيف يستسلم ويرضخ خوفاً (م ٣ — عقود)

من بطاش القوى ، وهكذا نشأت خصال مرذولة ، منها تأليه الأقياء وعبادة بعضهم ، كما نشأت طبقات السادة وقطعان العبيد .

وظلت آلهة البشر سادرة في غيها حتى أترفت ودب فيها الفساد جيلا بعد جيل ومن ثم تسرب إليها بعض الوهن ، وأرادت أن تعدل من صورة الرق في بعض المجالات .. فكانت نشأة عقد إيجار الأشخاص .

واستشعر الأجير بقدر من الآدمية ، وعكف على مقدراته ليزيد من مداها كما عكف على مدخراته ليزيدها نماء ، على حين أن السادة من أصحاب العبيد ومن أرباب الأعمال ظلوا في غيهم يعمهون ، حتى نشأت طبقات مستضعفة من السادة ، وطبقات قوية من الأجراء . فكان مراد عقد التعايش Go-opain أو كان مراد عقد الشركة . وقد تطور بعد ذلك على نحو هذبته الشرائع السماوية ثم تعرضت القوانين الوضعية لتفصيلات أنظمتها وأحكامها .

أنواع الشركات

وتنقسم الشركات من حيث اختلاف النظر إليها ، إلى شركات مدنية وشركات تجارية — وشركات أشخاص ، وشركات أموال — وشركات عامة ، وشركات خاصة .. وحين اشتد ساعد الرأسمالية بمعناها المستقر في مذهب الغرب ، ظهرت أشكال من الشركات لا تنتمي إلى أقسام مميزة عما عداها .. ولكنها تصف حالات خاصة تتفق مع ظرف راهن . أو تستهدف إحداث أثر اقتصادي معلوم . ومن ثم ظهرت فروع في داخل بعض أقسام الشركات (وعلى الأخص في النطاق الجامع للشركات العامة ولشركات الأموال) . ومن هذه الأنواع الخاصة : الشركة القابضة والشركة التابعة — والشركة الأم — والشركة الوليدة — وشركات المجموعة — والشركات الشقيقة .. الخ

وبانتشار المذهب الاشتراكي (بأصوله وفروعه) في أواخر القرن التاسع عشر وفيما انقضى من القرن العشرين عرفنا ما يسمى بالاقتصاد الموجه ، ثم الاقتصاد

المسير . وفي هذا الأخير يزداد تدخل الدولة في نشاط المشروعات وتشتد قبضتها على وحدات الإنتاج الكبرى وعندئذ تظهر منظمات مستحدثة .. مثل المؤسسة الاقتصادية التي جئنا بأحكامها في الوضع المناسب .

قلنا بأن الفرد تدرج في دهور طويلة من النشاط المستقل لحسابه الخاص إلى توسيع دائرة نشاطه على حساب المستضعفين من العباد .. ثم استقر به المطاف آخر الأمر إلى إشراك إنسان مثله في مادة نشاطه وفي اقتسام النتائج .

وحتى نميز (شركات الأموال) عن غيرها بوضوح لأهميتها يتعين التنبيه إلى أن نشاط الفرد — صاحب الفكرة — إما أن يبقى في دائرته الضيقة (أى .. مهارفه وأقاربه) يتأني في اختيار الشريك ويكون لشخصيته أثر كبير أو أثر حاسم في قيام الشركة وعندئذ تكون الشركة المنشأة في الدائرة الضيقة من شركات الأشخاص . هذه واحدة . والآخرى أن تضيق الدائرة الصغرى عن إمداد صاحب الفكرة بمجرد وبأموال كافية لتحقيق غرضه ، وهو إقامة مشروع تجارى أو صناعى ، وعندئذ يخرج الفرد إلى دائرة أكثر اتساعا . وقد تشمل هذه الدائرة الكبرى بلدا كاملا أو قطرا كما يجوز أن تنتظم الدائرة الكبرى أسواق المال شرقا وغربا وعندئذ لا يبقى مجال للنظر فى شخصية الشريك .. بل تنحصر العلاقة التي تربط بعض الشركاء ببعضهم الآخر فى أن كلا منهم يقدم قدرا من مدخراته لى يتجمع من السهام التي تقدم بها الشركاء . (كل منهم فى دوره وعلى قدر طاقته) رأسمال كبير يصلح لتحقيق المشروع الذى ضاقت به الدائرة الصغرى .

إذن لشركات الأموال خاصية هامة تميزها عن غيرها من الشركات .. وهى إسقاط الاعتبار الشخصى أو على الأقل تأخيرها إن كان ولا بد من إدخاله فى الحساب ولعل تقسيم الأشكال القانونية التي تتخذها المشروعات المملوكة لأكثر من فرد واحد إلى شركات أشخاص وشركات أموال يعتبر من أكثر التقسيمات العلمية انطباقا على المنطق السليم لما تقدم من أسباب . وكل ذلك من حيث تركيز الاهتمام على الشخصية أحيانا ، وعلى المال أحيانا أخرى . وإن كانت التسمية محيية من ناحية نعرض لها بإيجاز فى الفقرة التالية .

الشركة عقد

الشركة أصلا عقد رضائي ينعقد بالإيجاب والتبؤل . ولا يتوقف على تسليم الحصة أو استيفاء إجراءات فرضها القانون .. فقد يقصر الشركاء فى الوفاء بما التزموا به . كما قد يتراخون فى اتخاذ الإجراءات . ومع ذلك تقوم بينهم شركة الوانع .

ولكن هل شركات الأموال — بجميع أنواعها — من العقود ؟ إن أهم أنواع شركات الأموال معروف بشركة المساهمة . وهذه بالذات تمر بدور الإنشاء حتى يصدر الترخيص بوجودها . وفى هذا الدور تتوافر أركان العقد فيما بين المؤسسين .

ولكن حين يوتى التكوين أثره ، وتوجد الشخصية الاعتبارية ، وتصدر الجمعية التأسيسية قرارها بإخلاء طرف المؤسسين عن فترة الإنشاء والتكوين وتنتهى مقاليد الأمور فى المشروع التجارى أو الصناعى لأجهزته المنشأة بحكم القانون (وهى مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين) هل تبقى العلاقة التعاقدية بين أعضاء الشركة قائمة ؟

المشاهد أن حامل السهم يستطيع أن يعرضه فى بورصة الأوراق بقرار فردى . صادر عن إرادته المستقلة .. وبهذا يخرج من نطاق (العقد) ويدخل غيره وهو مشتري السهم . فهل — مع هذا — يصح اعتبار شركة الأموال المعروفة بالمساهمة عقدا رضائيا قائما فيما بين الشركاء ، وهم المساهمون ؟

ومادامت الشركة أصلا من عقود المعاوضة الملزمة لأطراف التعاقد ، فهل يصح القول بأن أسلوب المساهمة عند إنشاء الشركات هو نوع من أنواع الشركة بمعناها المصطلح عليه .

وللإجابة عن هذا التساؤل تجدر الإشارة إلى أن المساهمة من أول حياتها

لا تستوفي شرائط عقد الشركة ، فضلا عن غياب هذه الشرائط بعد مولد الشخصية الاعتبارية — ذلك أن المؤسسين يتعاقدون فيما بينهم بموجب وثائق نصت عليها جميع القوانين المنظمة للشركات ، ولكن العلاقة القائمة بين المؤسسين لا تعتبر مشاركة بالمعنى المستقر لهذا المصطلح ، بل هي جمعية ذات غرض وارد بان نص في وثائق إنشاء المشروع — وهذا الغرض هو الحصول على الترخيص في صورة مرسوم ، أو في صورة أخرى هي إجازة جهات الاختصاص لقيام المشروع وتسجيله ، كما يحدث عند إنشاء (الشركة) بمحرر رسمي .

وقد قلنا بأن التعاقد بين المساهمين ، بعد استيفاء الاجراءات غير قائم على النحو المستفاد من عقود الشركات ، ومن ثم تعين القول بأن الرأي القائل بأن المساهمة هي نظام مالي ، وأن المشروع الذي يتخذ هذا الشكل يعتبر منظمة لا شركة ، هو قول أقرب إلى الصواب ، وأن الخطأ الشائع في كل القوانين أن تصنف النوع الرئيسي من منظمات الأموال بأنه شركة مساهمة ..

وقد تابنا المشهور من القول — وعرضنا لشركة المساهمة بوصفها المشهور لأن القانون أطاق عليها هذا المصطلح .. وإنما نريد بما تقدم من اعتراض مجرد التنبيه إلى أن المنظمات والمؤسسات والشركات والمنشآت ، وغيرها من المفاهيم الاصطلاحية التي تصف أشكال المشروعات ، لا يزال بعضها يطفئ على بعضها الآخر .. ومن المصلحة تصفية اللغة من هذه الشوائب .

* * *

اتجاه محمود

ويدعونا هذا الاستطراد إلى الإشارة لما صدر أخيراً في مصر من أثر قيم لجمع اللغة العربية فقد فرغت هذه الهيئة الموقرة من دراسة طائفة حسنة من المصطلحات في بعض فروع المعرفة ، وبالنظر في أثر هذا الجهد .. أفدنا كثيراً عند إعداد هذا البحث — وتلاحظ أن بعض هذه المصطلحات المعتمدة من الجمع قد أقر المعاني

الراسخة عند المشتغلين بدراسات وثيقة الصلة بالمفردات المناعة .

ولكن بعضها الآخر يستوقف النظر ، ويؤكد المعنى الذى أوردناه فى الفقرة السابقة ومن ذلك على سبيل المثال :

مصطلحات الاقتصاد السياسى (ص ٩٧ من مجموعة ديسمبر سنة ١٩٥٧) —

لفظة سهم ، وقد جاءت مرادفة لثلاث هى : stock و share و action . ويستفاد من إيراد المصطلحات والإيضاح على النحو الثابت فى المجموعة ، أن هذه المفردات الأعجمية الثلاث مترادفة ومقابلة للمفردة العربية ، والحال غير ذلك لأن لفظة Stock الإنجليزية لاتفيد المعنى المنسوب إليها ، كما أن القول بأن لفظة Share تفيد الجزء من رأس المال فى شركة المساهمة يحمل على الظن بأن القانون الانجليزى الذى يعترف بورقة مالية تسمى Stock يعترف بشركة المساهمة Anonyme والحال غير ذلك . . لأن الشركة المجهولة الأشخاص أو التى تغفل عمدا ذكر أشخاصها فى عنوانها ، هى تنظيم فرنسى ، أما الشركة الإنجليزية التى تشبها فى شركة عامة Public Company .

حقا إن بين النوعين وجوه شبه ، ولكن كل منهما قائم بذاته .

أما الورقة المالية المسماة Stock فإنها تختلف عن ورقة أخرى تسمى Share وكل منهما مستقر فى التشريع الإنجليزى ، وله أحكامه الخاصة به ، ويمكن اعتبار الورقة الثانية share سبها ، أما الأولى Stock فلا بد لها من مفردة عربية مستقلة ترمز لها ، والا اختلطت الأحكام بسبب إسقاط الفوارق القانونية الفاصلة بين الورقتين ، بمجرد إطلاق مفردة عربية واحدة على كل منهما .

ثم هذا الاقتصاد السياسى الذى أجمع العلماء على أنه أثر عفى عليه الزمن ماشأنه اليوم حتى نبعثه من جديد ؟ إن جامعات الغرب تعرف الاقتصاد الآن وهو مناظر للعلم المعروف فى الإنجليزية بلفظة Economics ولم يبق فى مراجع الربع الثانى

من القرن العشرين من يذكر الاقتصاد السياسى إلا فى معرض التاريخ فما حكمة الرجوع إلى مصطلح تقرر اطراحه ؟

وحين ندرس الاقتصاد فى أدواره من عهد فلاسفة الإغريق إلى أن نشط فى القرنين التاسع عشر والعشرين، نخرج بنتيجة هامة ، وهى أن المصطلحات الأعجمية تعثرت وترددت طويلا حتى استقرت فى الربع الثانى من القرن العشرين على تسمية مبتورة هى الاقتصاد بعد حذف الصفة التاريخية التى لم تكن مرفقة وهى السياسى .. ومع ذلك عندنا فى لغة العرب لفظة واحدة ثابتة .. هى الأموال .. نجدها فى كتب الأصول وفى مراجع الفقه ، وهى الرمز الصحيح لجملة الدراسات الغنية بالثروة وتنميتها وقسمتها وما يتفرع على هذا كله من مشكلات ومذاهب دائمة التطور . وعندنا أن الأموال لفظة موفقة ، لأنها تجمع بين الدقة وبين الثبات ، ونراها أصلح ما يرمز للعلم المعروف الآن بالاقتصاد .

وكذلك استوقف نظرنا ما ورد بشأن الاستهلاك الرما يقابله بالفرنسية وبالإنجليزية وما جاء به المجمع تعريفيا للاستهلاك المالى . ذلك أن لفظة الاستهلاك حديثة العهد وهى من ألفاظ القرن العشرين . وفى موسوعات اللغات الأجنبية تحديد حسن لاستعمالات هذا المصطلح . فلا هى بمقصورة على الاستهلاك المالى . ولا الاستهلاك المالى بمقصورة على إعادة قيم الأسهم والسندات لأربابها على نحو ما نقول به بمجموعة المجمع اللغوى . كما أن مفردات أخرى جديدة بالعرض مع لفظة الاستهلاك .. ومنها النفاد والاستنفاد depletion قد سقطت من الحساب عند التعرض للاستهلاك .

وقد ثبتت شركات الأموال وأهمها شركات المساهمة فى ظل جميع المذاهب الاقتصادية . أو على الأقل اتسعت هذه المنظمات للنشاط الاقتصادى فى كل عهد يؤمن بالديمقراطية المسرفة أو بالفاشية المتطرفة ، أو بغيرهما من أشكال الحكم .. التى لا يمكن لها أن تغفل التنظيم الاقتصادية فى مجتمع تتحمل مسؤولية الأمن فيه وتضطلع بتحقيق أكبر قدر ممكن من العدالة بالأسلوب الذى تطمئن إليه . ومن ثم يكون الترابط بين أسلوب الحكم وبين مذهب اقتصادى معين من الظواهر الاجتماعية المسلمة .. وأحداث

التاريخ المعاصر تؤيد قولنا هذا . . فالانحد السوفيتي أقر التشريع القيصرى لشركة المساهمة وهى أهم أنواع شركات الأموال ، وفى إيطاليا الفاشية لم يغير الدوتشى أسس النظام الرأسمالى لهذا النوع من الشركات ، وفى ألمانيا النازية — لعهد هتلر — صدر قانون شركات المساهمة فى يناير سنة ١٩٣٧ ، ولم يخرج فى جملة أحكامه عما هو مستقر فى ظل الأنظمة السائدة فى بلاد أخرى ، بعضها يصف أسلوبه فى الحكم ، كما يصف الدول التى تدور فى فلكه بأنها تؤلف العالم الحر والآخر يؤمن بحكم الفرد ، وثالث يقول : بأنه يناهض الرأسمالية وينكر ملكية الفرد للمشروعات الإنتاجية ومع ذلك ، تلاقى المسئولون عن هذه الأنظمة على أمر واحد وهو الاعتراف بضرورة التنظيم السليم لشمير المدخرات ، وتنسيق الأجهزة الإدارية فى مستوياتها المعروفة حال التزامها بالمسؤوليات عن الوحدات الإنتاجية أو ما يعرف بالمشروعات المتخذة صوراً شتى من الشركات .

* * *

وإذا كانت لشركات الأموال كل هذه القيمة فى مجال النشاط الاقتصادى وهو عصب الحياة وعلة الحضارة المادية ، فانه يتعين علينا أن نتساءل عما إذا كان فى مصر أو فى البلاد العربية . . إلى الآن . . قانون للشركات فنقول وبالله التوفيق .

* * *

هذه القوانين

قبل الكلام عن قوانين الشركات — وهى قليلة فى البلاد العربية — تجدر الإشارة إلى الخصيصة المميزة للقوانين المالية والتجارية، فهى بطبيعتها لا تستقر ، بل تتحول دائماً . . ولا ينصرف هذا القول إلى التفصيلات أو الفروع دون القضايا الكلية والأصول ، بل هو قول شامل . . ذلك أنها تستهدف — فى الأغلب الأعم — فرض نظام مالى أو مذهب اقتصادى حتى إذا ما تحولت عنه الدولة

عادت تجيز ما كان محظورا ، أو تمنع ما كان سائغا ، فاستيراد الذهب وتصديره مباح في ظل نظام معين أو ظروف تجرى بالرشاء — فإذا به يدخل في عداد الجرائم بموجب نص تشريعي ، والأرض كانت عندنا ملكا للدولة في أوائل القرن التاسع عشر ، ثم نظمت الملكية الخاصة وأصبحت من الحرمات التي لا ترقى إليها الظنون ، فلما جاء الإصلاح بالتحديد إذا بالبعض يتساءل كيف ولماذا ؟ وأين هي الحرية في التصرفات وفي الأخذ والعطاء ، وكأن هذا البعض يرى أن الحرية حق مطلق من كل قيد تنظيمي .

ولقد كانت ملكية المشروعات الإنتاجية جائزة للأفراد وللجماعات بغير قيد في كثير من البلاد المتقدمة ، فلما اتجه العمال في بلد متحضر كإنجلترا إلى تأميم بعض الصناعات الرئيسية والمرافق العامة بقوة التشريع ، كان هذا الاتجاه في نظر المحافظين هداما للاقتصاد وتقويضا لدعائم العمران . . وهكذا تختلف وجهات النظر في تقدير القيم الصحيحة للتشريعات التي تستهدف إحداث تغيير معين في الأوضاع الاقتصادية .

أما في الشركات فقد رأينا أن عضوية مجالس الإدارة كانت مجالا غير محدود لإظهار النفوذ والاستغلال السلطة ، بصرف النظر عن الكفاية الذاتية وعن مصلحة المشروع إلى حد أن البعض كان يجمع بين مجالس الإدارة فيما يزيد على طاقة الفرد قطعا ، فجاء المشرع في سنة ١٩٤٧ بالقيد الأول على عدد مراكز العضوية في مجالس إدارة الشركات المساهمة ، ثم جاء في سنة ١٩٥٤ وما بعدها إلى سنة ١٩٥٧ بمزيد من القيود التنظيمية ، ومزيد من الحصانة لعضوية مجالس الإدارة في الشركات واحتفظ للسلطة التنفيذية بحقها في أعمال التقدير عند مراجعة الحالات الاستثنائية .

وبالموازنة بين هذا التطور في أحكام الشركات ، وبين نظيره فيما عدا ذلك من القواعد التي تحكم الثروة والملكية ، نجد أن تطور التشريع في إنشاء الشركات

التجارية وفي إدارتها على النحو الذى تأخذ به البلاد . هو تطور هادى .. يستهدف إدخال النظام فى مجال كان خاليا من المعالم التى يسترشد بها أصحاب الحق من المدخرين ووكلائهم من المديرين . وكذلك الدولة بوصفها مسؤولة عن حماية الضعيف والغائب عن مسرح النشاط ، ومن ثم كان عجباً إلى ما قبل صدور التشريعات الأخيرة فى مصر مثلاً (٢٦ / ٥٤ وتعديلاته) أن تكون قبضة الحاكم غير ملبوسة فى شئون الشركات ، ولهذا ينبغى للقارىء الراغب فى الوقوف على أحكام الشركات أن يتابع التعديلات لأنها ضرورية ومتجددة (١) وتقضى الحكمة بإدخالها فى سوق رأس المال تدريجياً ، ومع ذلك لا ينبغى النظر إلى هذه القوانين الدائمة التغير على أنها ترقى إلى مرتبة التشريعات المستقرة ، لأن طبيعة القوانين المالية والتجارية تفرض عليها التطور لسكى تتلاءم أحكامها مع التحول من نظام إلى آخر ، أو لسكى تحدث الدولة بما تفرضه بها من قواعد جديدة ، أوضاعاً تراها أقرب إلى المصلحة العامة .

ويتميز هذا العمل التشريعى المستحدث فى شئون الشركات ، بأنه تعرض لأول مرة لتعيين بعض المراكز القانونية التى كانت من قبل لا تجد سنداً من الأعمال التشريعية .. مثل ذلك الرقابة فى الشركات الخاضعة للقانون ١٩٥٤/٢٦ .

ولأنه لما يستوقف النظر حقاً أن يتعرض المشروع فى مصر مثلاً لأول مرة لمركز المراقب فى شركة المساهمة ، بعد قرن كامل من تاريخ الوثيقة الأولى التى كانت حجر الزاوية فى قيام شركة قناة السويس المنقضية ، وهى أول مشروع اتخذ شكل الشركة المساهمة المصرية وقد أغفلت تشريعاتنا كل شئ عن الرقابة فى الشركات طوال هذه المدة المميزة بآثار النهضة الصناعية ، حتى صدر القانون ١٩٥٤/٢٦

(١) تجدر الإشارة إلى أن بعض البلاد العربية — مثل الكويت — أصدرت قانوناً للشركات التجارية ، أقرب إلى الكفاية من نظائره فى بلاد أخرى ، ومنها مصر التى كانت لزم من طويل .. رائدة فى هذا الميدان — تم إن مصر أصدرت عام ١٩٧٤ القانون رقم ٤٣ بشأن (استثمار المال العربى والأجنبى والمناطق الحرة) .

مشملا على نصوص تنظيم اختيار المراقب وإنهاء مأموريته . إلى آخر التفاصيل .
الواردة في المواد من ٥١ إلى ٥٤ في الباب الأول الخاص بشركات المساهمة .. على أن
المشرع لم يؤخر هذه القواعد المنظمة للرقابة في الشركات المساهمة . . وغيرها من
شركات الأموال ، أكثر مما ينبغي .. لأن مهنة الرقابة لم يكن لها في مصر كيان
يستند لآى تشريع إلى ما قبل صدور القانون ١٩٥٤/٢٦ بثلاث سنوات ، حين
نظمت مهنة المحاسبة والمراجعة بالقانون رقم ١٩٥١/١٣٣ ، ومن المعلوم أن ماصدر
إلى الآن من القواعد التشريعية في هذه الناحية الهامة من شئون الشركات على وجه
الخصوص ، والمنشآت على وجه العموم ، يعتبر مجرد خطوة في الاتجاه الصحيح ،
وإذا كان التشريع المصرى قد خلا من القواعد المنظمة لأعمال الرقابة ، فإنه من
الطبعى أن يخلو كل من الفقه وأحكام القضاء من تناول هذه الناحية بالتفسير ووضع
المبادئ .. فضلا عن جلاء المسائل الثانوية التى تفرع عن الأصول . أما شراح
القانون فإن أحدا منهم لم يتعرض بالتفصيل للرقابة ، وبخاصة في شركات المساهمة
وأما أحكام القضاء فإنها خلت من مناقشة الموضوع .. فلا محل إذا للقول بما إذا
كان القضاء قد قرر المبادئ ، وربما يكون الحكم الفرد الذى تناول مركز المراقب
في شركة المساهمة ، هو الحكم الصادر من محكمة مصر الابتدائية للدائرة الثالثة
التجارية بجلسة ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ في القضية رقم ١٩٥٠/١٣٢ تجارى
كلى مصر .

ولهذا نرى الجدل يحتمل الآن في الدوائر التشريعية والقضائية والعلمية حول ماهية
الرقابة .. أهى وظيفة إدارية أم سلطة مؤسسة *pouvoir constitué* هدفها
الاستيثاق أو التأكد دون التدخل فى الإدارة ، أم هى من قبيل التبعية الكاملة
الأركان كعلاقة الأجير الخاص برب العمل ؟ أم هى من قبيل التبعية الناقصة
كعلاقة الأجير المشترك برب العمل ؟ والأجير المشترك هو من يعرف الآن بصاحب
المهنة غير التجارية الذى يضع خدمته تحت تصرف الجمهور دون تخصيص
فرد أو جماعة .

ثارت هذه المشكلة عند تطبيق القانون رقم ١٣٨/٤٧ الصادر في ١٩٤٧/٧/٢٩ بمناسبة حظر بعض الأعمال على الموظف العام .. ويلاحظ أن الحكم الذي تناقشه الآن قد جاء في أول القانون المذكور . إذ استفتح المشروع قواعده المستحدثة في شئون الشركات بقوله في المادة الأولى : لا يجوز الجمع بين وظيفة من الوظائف التي يتناول صاحبها مرتبا وبين عضوية مجلس إدارة إحدى الشركات المساهمة .. الخ .. الخ وهذا يدل مرة أخرى على الدافع الذي حرك هذا القانون حتى صدر .. وقد عرفنا أنه تنزيه الوظيفة العامة وتخصيصها من استغلال النفوذ في دوائر الأعمال .. ومن أهمها شركات الأموال .. وقيل في هذه المناسبة (أى في مناسبة تطبيق القانون رقم ١٣٨/٤٧) بأن الرقابة في شركات المساهمة ووظيفة واستطال الجدول بغير نتيجة (١).

وأخيراً جاء المشرع في القانون رقم ١٩٥٤/٢٦ بترتيب معقول للقواعد التي يريد فرضها . فأختر هذا الحكم بالذات إلى باب الأحكام العامة ، ولم يساير تشريع سنة ١٩٤٧ الذي جعل لأحكام الحظر صدارة غير مألوفة فنصت المادة ٩٥ على القواعد ذاتها مع مزيد من القيود وتشديد في الحظر .. ومرة ثالثة جاء القانون رقم ١٥٥ سنة ١٩٥٥ بنصوص أصرح في المنع وأكثر شمولاً للأعمال المحظورة بما أدخله . من تعديل على المادة ٩٥ من القانون ١٩٥٤/٢٦ . وفي سنة ١٩٥٦ صدر القانون ١٥٩ بتعديلات أخرى واردة على البند الرابع من المادة ٩٥ أيضاً .

ومنطق المشرع سليم من غير شك .. لأنه يريد للوظيفة العامة ما ينبغي لها من البعد عن شبهة استغلال النفوذ في دوائر الأعمال .

(١) من الخبرة الطويلة في الرقابة على شركات المساهمة (زهاء أربعين عاما) نقول إن تحديد عمل المراقب واختصاصاته ومسئوليته لا تزيد على مجرد (محاولة) في البلاد العربية للآن ..

ولكن بقيت قضية هامة بغير دراسة ، فضلا عن بقائها بغير حل ، وهي طبيعة الرقابة في شركات الأموال، وهي لا تزال واحدة من المسائل المحظورة في الدوائر المهمة بالمزيد من البيان للقواعد المنظمة لإنشاء الشركات وإدارتها والرقابة على نشاطها .

ومن الأمثال التي قدمتها ، للتدليل على شدة الحاجة إلى العديد من القواعد المفصلة، يتضح أنه من دون التشريع السكامل للشركات شوط بعيد فكيف كانت الحال عند غيرنا ممن سبق إلى تنظيم المشروعات وكمن الزمن استفدته جهود المشرعين لاستكمال النقص ولتقويم المعوج من أساليب جمع المدخرات وإنشاء المشروعات متخذة أشكال الشركات العامة على وجه الخصوص .

قلت بأن المسودة الأولى لأحكام شركات المساهمة في مصر قد تأثرت إلى حد ما بالتشريع الإنجليزي ، وإن كانت قد استرشدت أيضاً بالقوانين الإيطالية والبلجيكية والفرنسية والجرمانية ، ثم بقيت مسحة ظاهرة من التشريع الانجلوسكسوني على بعض المواد بصيغها الحاضرة ، فلتنظر إذن إلى الأدوار التي مرت بها قوانين الشركات في إنجلترا حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن ، انهرف لرجال القانون عندنا فضلهم فيما اتهموا إلى تقنيته من القواعد في بضع سنين ، وإن كان القدر المطلوب منهم لا يزال أضعافاً .

* * *

قانون الشركات في إنجلترا

تعتبر سنة ١٨٦٢ نقطة تحول في التشريع الإنجليزي للشركات ، وذلك بصور قانون ييسر إجراءات تكوين الشركة ويجيز اشتغال عنوان نوع منها على عبارة «محدودة المسؤولية» ، مع النص في نظام الشركة على أن أعضاءها لا يسألون إلا بقدر ما يكتبون به فكان إعلان النص على المسؤولية المحدودة وتوثيق السند المثبت لهذا التحديد فعل السحر في سوق رأس المال وزاد نجاح الروجين في إنشاء المشروعات متخذة بعض الأشكال القانونية للشركات وبخاصة ما كان منها مميّزا بتحديد المسؤولية (١) .

(١) هذه الوقائع - في حد ذاتها - جديرة بتشجيع البلاد العربية أو حفزها إلى مزيد من الاهتمام بتفصيلات كثيرة في شئون شركات الأموال، وأشهرها «المساهمة».

* وبالوازنة بين قانون سنة ١٨٦٢ وقانون ١٨٤٤ في إنجلترا أيضاً ، يتضح أن المشرع الإنجليزي قد خلّص الشركات من كثير من التعقيد في الإجراءات وأمد أصحاب المدخرات بحصانة لأموالهم التي لم تساهم في المشروعات ، فدفع النشاط الاقتصادي بقوة جعلت سنة ١٨٦٢ من التواريخ المميزة في هذا الفرع الخاص من التشريع .

* وفيما بين سنة ١٨٦٢ وسنة ١٩٠٨ توالى القوانين المكمل والمعدلة حتى بلغت ثمانية عشر ، فاختلطت القواعد على أفرد المحامين والفضاء وصح العزم عند المشرع على توحيد هذه القوانين في عمل تشريعي متكامل صدر في سنة ١٩٠٨ كقانون موحد للشركات .

« The Companies Consolidation Acts 1908 »

وفيما بين سنة ١٩١٣ وسنة ١٩٢٨ صدر عدد آخر من القوانين للشركات فتوافرت الحاجة مرة أخرى إلى عمل موحد يحتل مكان القوانين العديدة التي تجمعت تباعاً ، ومن ثم صدر قانون ١٩٢٩ للشركات .

وفي سنة ١٩٤٧ صدر قانون آخر عدل قانون سنة ١٩٢٩ في كثير من أحكامه وقواعده ، ثم أخرج الشارع من جملة قوانين سنة ١٩٢٩ وقانون سنة ١٩٤٧ - عملاً تشريعياً جديداً صار نافذاً من أول يولية ١٩٤٨ . وأصبح هذا القانون الموحد من التاريخ المذكور السند التشريعي الجامع لأحكام الشركات في إنجلترا .

ومع ذلك تتوالى التعديلات والقوانين المكمل ، إن لم تصل إلى ما يفرض إعادة الترتيب والصياغة والحذف والإضافة ، فإذا أسقطنا قانون سنة ١٩٤٤ من الحساب وبدأنا بأول عمل تشريعي قيم لتنظيم الشركات الإنجليزية في أدوار حياتها . . أى إذا بدأنا بقانون سنة ١٨٦٢ ، لوجدنا أن التقنين للشركات الإنجليزية قد استغرق نحواً من تسعين عاماً ليصل إلى الشمول والوضوح ، وقد ساهم القضاء في كل خطوة نحو استكمال العمل التشريعي في تطوره ، بحيث إن المراجع الإنجليزية لأحكام الشركات بل وبعض الدراسات المتصلة بها - كالمحاسبة والمراجعة لا تعتبر النصوص عملاً مستقلاً أو قائماً بذاته ، بل تحرص على حشد القضايا بوقائعها وبأسباب ما صدر بشأنها من

أحكام .. وهكذا تعتبر النصوص والفضايا - جميعا - من المواد الأولية اللازمة لاستنباط القواعد الحاكمة للشركات .

* * *

* ومن هذه الإشارة الوجيزة .. يتضح بجلء أن التقنين لهذه المنشآت البالغة الأهمية في سوق المال وفي دوائر الأعمال .. هو عمل ضخم .. يدعو إلى جهود مجمعة تضم أصالة التشريع الإسلامي وثباته، إلى الثراء الذي تحقق بالمعاناة وبالممارسة وبالخلافات المتجددة بين أصحاب المصالح .. من مساهمين وعملاء وموردين وإداريين ومراقبين .. وقد كان القرن التاسع عشر وما انقضى من القرن العشرين من أكثر حقب التاريخ غنى بهذه المادة .

* * *

* وللبلاد العربية ميزة كبرى .. فهي تستطيع أن تبدأ من حيث انتهى الآخرون .. فتتفع بتجارهم وتختصر الزمن اللازم لإنجاز عمل كبير كهذا .

* * *

* وللبلاد العربية ، أيضاً ، ميزة أخرى .. هي قدرتها على الاستفادة بالتراث الإسلامي .. وإله إراث عظيم .. وهنا يجب أن نذكر عمل المستشرقين والمشرعين من الفرنجة .. فهم يفيدون من التراث ويعترفون .. فثلاً يقول المستشرق « دى ساتلانا » فى مقال له ورد فى كتاب « تراث الإسلام » يقول هذا المستشرق : إن النهضة التى شهدتها فرنسا ومن بعدها أوروبا .. طوال القرن التاسع عشر فى التشريع .. يرجع الفضل فيه لقانون العرب .. هكذا يقولون .. ويريدون بقانون العرب : القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، وجملة علوم المسلمين .. ويضرب بعض الأمثال .. وأهمها « الشركات » وهو يرجعها إلى عقد القراض ويكتب الكلمة بالحروف اللاتينية هكذا . Quirad

* ومن أجل ذلك جئنا بنصوص واضحة عن الشركات فى الجزء التالى من هذه الفقرة .. ولئن كان المرجع الذى نأخذ عنه ، من عمل المعاصرين ، إلا أن مسحة

الفقه الرصين تعلوه . . لأن النصيرص مستمدة من كتب الأولين... وفيما يلي البيان :

الشركة (١)

تعريفها وأقسامها

الشركة (بكسر الشين وسكون الراء) وقد تفتح الشين وتكسر الراء ولكن الأول أفصح حتى قال بعضهم إنه لم يثبت فيها غيره . ومعناها لغة خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يتأزان عن بعضهما وأما معناها في الاصطلاح فهو يختلف باختلاف أنواعها لأن الشركة تنوع إلى شركة مفوضة وعنان . وأبدان . ووجوه وغير ذلك ، وفي كل ذلك تفصيل في المذاهب .

كتاب الشركة (٢)

الشركة نوعان : شركة أملاك ، وشركة عقود :

فشركة الأملاك

على ضربين :

أحدهما : ما كان بفعلهما مثل أن يشتريا أو يوهب لهما أو يوصى لهما فيقبلا .

والآخر : بغير فعلهما وهو أن يرثا .

— والحكم في الضريين واحد وهو أن الملك مشترك بينهما . وكل واحد منهما في نصيب شريكه كالأجنبي ولا يجوز له التصرف فيه إلا بإذنه .

وأما شركة العقود

فعلى ثلاثة أوجه :

١ — شركة بالأموال .

(١) هذه نصوص مختارة « قراءات »

(٢) من كتاب « تحفة الفقهاء » للسمرقندي المذهب الحنفي ج ٣ .

٢ — شركة بالوجوه .

٣ — شركة بالأبدان (بالأعمال) .

ويدخل في كل واحد منها شركة العنان وشركة المفاوضة فنذكر في كل نوع
كيفية وشرائطه وأحكامه .

١ — أما الشركة بالأموال :

فأما شروط عنانا كانت أو مفاوضة :

— منها : أن يكون مال الشركة حاضراً .. إما عند العقد أو عند الشراء
ولا يجوز بمال غائب أو دين في الحالين ولهذا قالوا فيمن دفع إلى رجل ألف درهم
وقال (أخرج مثلها واشترها وبيع فما ربحت كان بيننا) فأخرج ألفاً واشترى بها
جاز ، وإن لم يوجد المال المعين عند العقد ، وإنما وجد عند الشراء وإنما كان كذلك
لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء فوجود المال عنده كوجوده في الابتداء .

ومنها : أن يكون رأس مال الشركة — أثماناً مطلقاً — من الدراهم والدنانير
عند أكثر العلماء ويصح عقد الشركة فيهما بالإجماع .. ولو كان من أحدهما دراهم ومن
الآخر دنانير جازت الشركة عندنا . وعند زفر : لا يجوز ، وأما التبر فلا تصح به
الشركة ، وجعله كالعروض في هذا الكتاب .. وفي كتاب الصرف جعله ثمناً .

وخلط المالين ليس بشرط عندنا — وعند زفر : شرط .

وأما المسكيل والموزون والعدييات المتقاربة فلا تصح الشركة بها قبل الخلط
بالإجماع لأنها ليست بأثمان عند التعيين والشركة لا تصح فيها إلا وهي ثمن وإنما هي
أثمان في الذمة أما بعد الخلط فقال أبو يوسف : لا تصح الشركة وإنما صارت
شركة أملاك .

وقال محمد : صححت الشركة بالخلط .

وإنما يظهر الخلاف فيما إذا كان المسكيل نصفين وقد شرط أن يكون الربح
أثلاثاً لخطاه واشترى به .. قال أبو يوسف : الربح على قدر المالين وقال محمد : على ما شربناه
(م ٤ — عقود)

— وأما الشركة بالعروض فلا تجوز عندنا خلافاً لمالك لأن الشركة تقتضى الوكالة، والتوكيل على الوجه الذى تتضمنه شركة لا يصح بالعروض فإنه لو قال لغيره (بع عرضك على أن ثمنه بيننا) لم يصح ولو قال لرجل (اشتر بألف من مالك على أن ما اشتريته بيننا وأنا أشتري بألف من مالى على أن ما أشتري بيننا) جاز ذلك - فهذا افتراقا .

— وأما شركة العنان :

فتفسيرها أن يشارك صاحبه فى بعض الأموال التى ذكرنا لا فى جميع الاموال ويكون كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه فى التصرف فى النوع الذى عيناه من أنواع التجارة أو فى جميع أنواع التجارة إذا عينا ذلك أو أطلقا ويبينان قدر الربح .

وهذه الشركة جائزة بلا خلاف لأنها تقتضى الوكالة فى التصرف عن كل واحد منهما لصاحبه، والتوكيل صحيح . ولهذا تجوز هذه الشركة بين كل من كان من أهل التجارة مأذونا فيها كالعبد المأذون والصبي المأذون والمسكاتب والذمى .. كما تجوز بين الأحرار البالغين المسلمين لأن قبول الوكالة صحيح منهم . ويجوز أن يشترط العمل عليهما بأن اشتركا على أن (يبيعا ويشتريا على أن مارزق الله من ذلك فهو بينهما على كذا) . ويجوز أن يشترطا العمل على أحدهما دون الآخر .

ثم لاشك أنها إذا شرط الربح بينهما نصفين : جاز بالإجماع .. وإذا كان رأس مالهما على السواء سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما .. لأن استحقاق الربح بالمال أو بالعمل .. وقد وجد التساوى فى المال .

وإن شرط الربح بينهما أثلاثا فإن كان العمل عليهما جاز ، سواء كان فضل الربح لمن كان رأس ماله أكثر أو أقل ، لأنه يجوز أن يكون له زيادة حذاقة فيكون الربح بزيادة العمل .

وإن شرط العمل على أحدهما فإن شرطاً على الذى شرط له فضل الربح ، جاز .. لأنه عامل فى ماله وربحه له وعامل فى مال شريكه ببعض ربحه والربح يستحق بالعمل . وإن شرط العمل على أقلهما ربحا خاصة لا يجوز .. لأنه شرط للآخر

فضل الربح بغير عمل ولا ضمان والربح لا يستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان.. ولا تعنى بقولنا « العمل » وجوده.. بل نعنى به شرط العمل .

وإذا اشترك الرجلان بمال على أن يشتريا ويبيعا فما كان من الربح فهو بينهما ولم يخلط المال فضاء مال أحدهما قبل الشراء فقد انتقضت الشركة.. لأن الشركة تعينت في المالين فإذا هلك أحدهما قبل الشراء بطلت الشركة فيه وبطلت في المال الآخر لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه فيه إلا بشرط الشركة في ماله.. وإذا بطلت الشركة فما يشتريه بماله يكون له خاصة . ولو اشترى بأحد المالين ثم هلك المال الآخر فما اشتراه فهو بينهما لأنه اشتراه مع بقاء الشركة ، فلما المشتري فهلك المال بعده لا يغير حكم الملك .

ثم لكل واحد من شريكي العنان بعد ما اشتريا برأس المال أعيانا أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة وإنما أراد بالشراء بالنسيئة فيما إذا كان في يده دراهم أو دنائير أو مكيل أو موزون فاشترى بذلك المال شيئاً لأن الشريك وكيل بالشراء والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة . فإذا لم يكن في يده ما ذكرنا وصار مال الشركة كله أعيانا وأمتعة فاشترى بدراهم أو بدنائير نسيئة فالمشتري له خاصة دون شريكه.. لأنه لو فتح في حق شريكه صار مستديناً على مال الشركة . والشريك في شركة عنان ، والمضارب ، لا يملك الاستدانة إلا أن يؤذن لهما في ذلك .

وكذا لكل واحد منهما أن يضع ويودع ويوكل بالبيع ويحتال بالثمن ويستأجر ويسافر بمال الشركة عند أبي حنيفة ومحمد في أصح الروايات .

وكذا يقبض ما باعه بنفسه ويخاصم فيه ولا يقبض ما باع صاحبه ولا يخاصم فيه إلا إذا قال كل واحد منهما لصاحبه (اعمل فيه برأيك) فلهما أن يعمل في ذلك ما كان من التجارة وتوابعها من الرهن والارتهان ودفع المال مضاربة والسفر بالمال في قولهم إلا القرض والهبة والكتابة والتزويج ونحو ذلك لأن هذا من باب التبرع وليس من جنس التجارة .

— وأما شركة المفاوضة :

فشرط صحتها أن تكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون

شريكة وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه .. لازماً الآخر .. وما يجب لكل واحد منهما يجب الآخر .

ويكون كل واحد منهما فيما يجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما يجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ويتساويان مع ذلك في رؤوس الأموال : في قدرها وقيمتها وية تساويان في الربح .. فإن تفاوتتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عناناً — فصارت المفاوضة مشتملة على الوكالة والكفالة والتساري في الربح والمال الذي تقع به الشركة .. وهذا لا يجوز إلا بين المسلمين الحرين البالغين العاقلين المتساويين في أهلية الكفالة وأهلية سائر التصرفات بخلاف العبد والصبي والمكاتب والنمى والمجنون . ثم كل ما يجوز لشريك العنان أن يفعله يجوز للمفاوض أن يفعله أيضاً ، لأن شركة المفاوضة أعم . ثم كل ما هو شرط في صحة شركة العنان فهو شرط في صحة شركة المفاوضة وكل ما فسدت به شركة العنان فهو مفسد لشركة المفاوضة .

ويجوز للمفاوض أيضاً ما لا يجوز للشريك في شركة عنان فيما يختص به المفاوض أن يجوز لإقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه — ويطالب المقر له أيهما شاء لكون كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه .. وكذلك كل ما وجب على واحد منهما من دين سائر العقود التي تكون في التجارة من الشراء والبيع والاستئجار وغير ذلك من سائر ما يضمنه أحدهما من الأموال بالغصب والبيع الفاسدة والخلاف في الودائع والعواري والاستهلاكات والإيجارات والرهن والارتهان (والكفالة بالمال عند أي خيفه خلافاً لهما) والقبض والخصومة وإقامة البيئة والاستخلاف على العلم والكتابة والإذن في التجارة لعبد الشركة وتزويج الأمة ونحو ذلك .

ولا يجوز أن يعتق شيئاً من عبيد التجارة ولا أن يزوجه . وإذا اشترى أحدهما طعاماً لأهله أو كسوة أو ما لا يتهم فيه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه .. وللبائع أن يطالب بضمن ذلك أيهما شاء إلا أنهم قالوا إن الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لأنه قضى دينه من ماله بإذنه ولا له .

٢ — وأما الشركة بالوجوه :

فإن يشترك الرجلان ولا مال لهما على أن يشتريا ويبيعا بوجوهها .. على أن

ما اشترى أو ما اشترى أحدهما فهو بينهما نصفان وسميت «شركة الوجوه» لأنه لا يشترى بالذبيحة إلا من له وجه عند الناس وهي تعد جائزة عندنا بخلاف الشافعي لتعامل الناس في الأعصار من غير نسكير . ثم كيفما شرط وقوع الملك في المشتري بينهما إما نصفان أو كان لأحدهما أكثر فهو جائز . ويقع الملك بينهما كذلك ويكون الربح على قدر ملكهما ولا يجوز أن يفضل أحدهما على ربح حصته شيئاً لأن الربح يستحق في هذه الشركة بالضمان لا بالمال والعمل . والضمان على قدر الحصة . فيكون الربح كذلك إذ لو شرط زيادة الربح فإنه يشترط من غير عمل ومال وضمان وهذا لا يجوز ثم هما في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعمل أحدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريك العنان . لهما أطلاقاً الشركة والمشاركة المطلقة تقتضي العنان فإذا اشركا بوجوههما شركة مفاوضة فذلك جائز لهما ضمناً إلى الوكالة المطلقة لكفالة ، وذلك جائز ، إلا أنه لا بد من التساوى فيما يتبايعانه لأن المفاوضة تمنع من التفاضل .

٣ — وأما الشركة بالأعمال :

فهي تسمى شركة الصنائع وتسمى شركة الأبدان لأن العمل بالبدن يكون . وهو أن يشترك اثنان في عمل كالتصارة والصبغة على أن يتقبلا الأعمال ويعملا فما أخذوا من الأجر فهو بينهما ، وهذه الشركة جائزة عندنا بخلاف الشافعي وهو بما جرى به التعامل في جميع الأعصار — ثم هي قد تكون مفاوضة وقد تكون عناناً .

فالمفاوضة ما ذكر فيه لفظة المفاوضة أو ذكر ما هو في معنى المفاوضة بأن اشترط الصانعان على أن يتقبلا جميعاً الأعمال وأن يضمنا جميعاً العمل على التساوى وأن يتساويا في الربح والوضيعة وأن يكون كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما لحقه بسبب هذه الشركة . فهي مفاوضة . وإن شرطاً على أن ما قبلا من الأعمال ضمناً العمل ، فعلى أحدهما الشأن من العمل وعلى الآخر الثالث . والأجر والوضيعة بينهما على قدر ذلك فهذه شركة عنان لو جود معنى شركة العنان . وكذا إذا ذكر لفظة العنان .

وكذا لو أطلقا فهي شركة عنان أيضاً استحساناً لأنها جميعاً قبلا الأعمال وضمناً تسليم ذلك إلى صاحبه ، فيكون ذلك جازياً بجرى المفاوضة في أن العمل عليهما ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء ولكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل وإلى أيهما دفع صاحب العمل يرى . وعلى أيهما وجب ضمان العمل فمكان لصاحب العمل أن يطالب الآخر . ولكن لا تكون مفاوضة حقيقية ما لم تذكر لفظة

المفاوضة أو يوجد معها .. وهو ما ذكرنا .. حتى قالوا في الدين إذا أقر به أحدهما من
ثمن صابون أو أجر أجير أو حانوت .. قد مضى — فإنه لا يصدق على صاحبه
إلا بإقراره أو ببينة قامت عليه ويستوى أن تكون الشركة في نوع عمل فيعملان
ذلك ، أو يعمل أحدهما عملاً والآخر غير ذلك أو لم يعمل ، بعد أن ضمنا
جميعا العاملين معا . لأن الإنسان قد يعمل بنفسه وأجير .

فإن عمل أحدهما دون الآخر والشركة عنان أو مفاوضة فالأجر بينهما إن شرط
العمل عليهما والتزما ذلك فيكون أحدهما معينا للآخر كالقصار إذا استعان برجل
في القسارة .

وكذلك إذا شرط لأحدهما زيادة أجر أو شرط العمل على قدر الأجر ، والوضعية
كذلك ، فهو جائز وإن كان عمل الذي شرط له الأجر القليل أكثر لأن الربح بقدر
ضمان العمل لا بحقيقة العمل . وإن شرطا الوضعية نصفين لا يصح ويبطل وتكون
الوضعية على ما شرط من ضمان العمل والأجر كذلك . ولو جنت يد أحدهما
فالضمان عليهما جميعاً لأن ذلك بناء على ضمان العمل وقد ضمنا جميعاً .

— المالكية (*) : قالوا تنقسم الشركة إلى أقسام : شركة الإرث وهي اجتماع
الورثة في ملك عين بطريق الميراث . وشركة الغنيمة وهي اجتماع الجيش في ملك
الغنيمة وشركة المتاعين شيئاً بينهما . وهي أن يجتمع اثنان فأكثر في شراء دار
ونحوه . وهذه الأقسام هي التي عبر عنها الحنفية بشركة الملك . وحكمها عند
المالكية أنه لا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف بغير إذن صاحبه .. فإذا تصرف
فقليل يكون كالغاصب وقيل لا .. فإذا زرع أحد الشركاء في أرض مملوكة لهم أو بنى
فيها فإن زرعه يقطع وبناءه يهدم على القول الأول أما على القول الثاني فإن زرعه
وبناءه يتركان وعليه كراء نصيب شريكه في الأرض وله قيمة بنائه الذي بناء
لشبهة الشركة .

ويتعلق بهذه الشركة فروع كثيرة .. منها أنه إذا اشترك اثنان أو أكثر في عقار
لا يمكن قسمته كحمام وفرن — ودكان — وبرج — ثم خرب ذلك العقار وأراد

(٥٠) عن كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ « عبد الرحمن الجزيري » .

أحد الشركاء تعميره فأبى الآخر فإنه يقضى على من امتنع من التعمير بأن يعمر أو يبيع جميع حصته لشريكه الذى يريد التعمير ولو كان يملك أكثر العقار أو يبيع لمن يعمر ، وقيل يقضى عليه بأن يبيع بعض حصته التى تكفى للتعمير . . ولكن الأول أرجح لتقليل الشركاء .

ولا فرق فى أن يكون العقار الذى لا ينقسم بعضه ملكا وبعضه وقفا وأبى الموقوف عليه أو ناظر الوقف التعمير فإنه يقضى عليه ببيع الوقف جميعه، على المعتمد، خلافاً لمن قال إنه يقضى بأن يعمره الشريك ويستوفى ما أنفقته على عمارته من إيراده ولمن قال إنه يباع منه بقدر الحاجة إلى التعمير . . لأن الغرض لتقليل الشركاء كما ذكر فى بيع غير الموقوف . . نعم لا يقضى ببيع الوقف إلا إذا لم يكن للوقف بيع يعمر منه ولم يوجد من يستأجره بأجرة معجلة سنين تكفى لتعميره . . فإن وجد ذلك فإنه لا يقضى ببيعه ، هذا ولا يقضى بالبيع فى الحالتين إلا بعد الأمر بالعمارة فالحاكم يأمر بالعمارة ويقضى بالبيع إذا لم ينفذ الأمر بالتعمير .

ومنها أنه إذا اشترك اثنان مثلاً فى دار يملك أحدهما منها الطبقة السفلى (الدور الأسفل) ويملك الثانى الطبقة العليا (الدور الأعلى) ثم اختل الدور الأسفل أو ضعفت جدرانها عن احتمال الدور الأعلى فإن الحاكم يأمر صاحب الدور الأسفل بأن يعمر فإن لم يفعل يقضى عليه ببيعه لمن يعمر لا فرق بين أن يكون العقار ملكاً أو وقفاً بالشروط المتقدمة .

وعلى صاحب الدور الأسفل حفظ الدور الأعلى من السقوط حال بناء الدور الأسفل بتعليقه أو عمل دعائم تحفظه من السقوط ونحو ذلك . . وعليه أيضاً السقف لأنه متعلق به ولهذا يقضى له به عند التنازع . وليس على صاحب الأسفل أن يبنى سلماً يرقى عليه صاحب الدور الأعلى وكذلك ليس عليه البلاط الذى يوضع على سقف الدور الأسفل فيقضى عند التنازع بالسقف لصاحب الأسفل وبالبلاط لصاحب الأعلى . أما (كسح) المرحاض الموجودة فى الدور الأسفل المشترك بينهما وبين الأعلى فيعمل فيه بالعرف فإن لم يوجد عرف فإنه يكون بالاشتراك بقدر الاستعمال على الظاهر . وكذلك المراحيض الموجودة فى البيوت المستأجرة فإنه يعمل فى كسحها وتظيفها بالعرف فإن لم يوجد عرف فقليل على المالك وقيل على المستأجر . وأما طين

المطر التي ينزل في الأسواق فليس على أصحاب (الدكاكين) رفعه إلا إذا جمعه في وسط الطريق فأضر بالمارة فإن عليهم في هذه الحالة كنهه .

ومنها أنه إذا اشترك اثنان في دار على أن يكون لأحدهما الدور الأسفل وللآخر الأعلى ثم أراد صاحب الأعلى أن يبنى (دوراً ثالثاً) فإنه لا يمكن من ذلك ويقضى عليه بعدم فعله إلا إذا كان البناء لا يضر بالدور الأسفل حالاً ولا مآلاً، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة والمعرفة بمثله .

ومنها أنه إذا اشترك ثلاثة مثلاً في دار ثم تهدم وأراد أحدهم تعميره وامتنع الآخرون فإن له أن يعمرها ويستولي على إيراداتها جميعه حتى يخلص بما أنفقته ثم يتسعون الإيراد بعد ذلك إلا إذا أعطوه ما أنفقته فإنه لا يصح له الاستيلاء على الإيراد وحده بعد ذلك .

وله الاستيلاء على الإيراد في أربع صور — الأولى أنه يستأذن شريكه بالعمارة فيمتعا .. الثانية أن يستأذنها فيسكتا ثم يمتعا أثناء العمارة . الثالثة أن يستأذنها فيمتعائهما يسكتا عند رؤية العمارة . الرابعة أن يأذنوا له في العمارة ثم يمنعا منها قبل شراء المون التي يعمر بها ثم عمر بعد منعها .. وفيما عدا ذلك يكون ما أنفقته ديناً في ذمتهم .

ومنها أنه إذا كان لأحد الجيران حائط متصل ببيت جاره ويتوقف إصلاحها على دخول بيت جاره فليس لجاره أن يمنعه من الدخول في داره لترميمها وإصلاحها .. فإذا امتنع يقضى عليه بتمكين جاره من إصلاح حائطه وكذلك يقضى عليه بتمكينه من غرز خشبة ونحوها وبتمكينه من أخذ ثوب سقط عنده أو دابة دخلت أو نحو ذلك . وكذا إذا كان خزان مرحاضه في دار جاره فإنه يقضى له بإدخال العمال لكسحه .. وللجار منعه من إدخال الطين والجص في داره وعليه أن يفتح نافذة في حائط داره لإدخال ما يلزمه من ذلك حتى لا يقدر دار جاره .

ومنها أنه إذا كان بين جارين حائط تستر أحدهما فأزالها صاحبا وانكشف بسبب ذلك جاره، فإنه يقضى على من أزالها بإعادة بنائها إلا إذا كان هدمها لخلل فيها

يخشى منه الضرر أو هدمت وحدها فإنه في هذه الحالة لا يقضى على صاحبها بإعادتها ويقال للجار افعل ما يترك إن شئت .

ومنها أنه إذا بنى أحد في طريق مشتركة بين الناس فإنه يقضى عليه بهدم ما بناه ولو لم يضر بالمارة سواء كانت تلك الطريق نافذة أم لا فإذا كانت لأحد الناس دار يملكها فهدمت وصارت طريقاً فإن ملكه لا يزول عنها بذلك وحينئذ لا يمنع من البناء فيها إلا إذا مضى عليها زمن طويل (وقدره بعضهم بعشر سنين) فإنه لا يكون له حق فيها حينئذ .

ومنها أنه لا يمنع الباعة من الجلوس بأفنية الدور ويقضى به وهو مازاد على مرور الناس في طريق واسعة نافذة إذا كان في جزء من اليوم .. أما إذا كان في كل النهار فإنه يمنع ولا يقضى به ، وفناء المساجد كفناء الدور ويصح لرب الدار تأجير فناء داره والانتفاع به على الراجح ومثله فناء الخانات (الدكان) وينع الجلوس في أفنية الدور ونحوها للحديث لأن فيه ضياعاً للوقت وضرراً بالمارة .

وإن تنازع اثنان من الباعة في الجلوس بمكان فإنه يقضى للسابق منهما ، ومثل ذلك الجلوس في المسجد إلا إذا كان غير السابق يجلس فيه لتعليم العلم أو الإفتاء فإنه يقدم على غيره استحساناً .. يعني أن الأفضل للسابق أن يترك ذلك المكان للدرس .

ومنها أنه إذا فتح جار نافذة في حائط بيته وبين جاره وكانت تلك النافذة تكشف جاره بأن يرى وجوه ساكنيها فإنه يقضى عليه بسدها وإزالة معالمها بحيث لا يبقى لها أثر يمكن الاحتجاج به بعد .. أما إذا كانت النافذة لا ترى منها الوجوه أو على المزارع والحيوانات فإنه لا يؤمر بسدها إذ لا ضرر منها .

وليس للجار أن يطلب سد نافذة مضى عليها عشر سنين وهو ساكت .

ومنها أن لا جيران منع إحداث ما يتصاعد من دخان يضر بهم وبمساكنهم كبناء حمام بجوارهم أو مطبخ أو فرن أو نحو ذلك .. كذلك لهم منع إحداث ما تتصاعد منه رائحة كريهة كدبغة ومسح ونحوها ...

ومجل ذلك ما إذا حدث شيء من ذلك بعدهم .. أما إذا كان موجوداً من قبل ودخلوا عليه فليس لهم منعه .

ومنها أن للإنسان أن يمنع غيره من إيجاد الجرين (الجرن) عند منزله لأنه يتضرر بالتبن الحاصل من التذرية ومثل البيت في ذلك الحانوت (الدكان) .

وكذلك يقضى بمنع إحداث ما يضر بجدار البيوت كرحا ومدق وبشر ومرحاض واصطبل .. وأما الحداد والنحاس والنجار فإنهم لا يمنعون عن مزاوله مهنتهم إلا إذا كان يؤذى الجدران .. أما مجرد التأذى منهم فإنهم لا يمنعون به ، ومثل هؤلاء الصباغ الذى يدق القماش .

وكذلك يمنع إحداث مصطبة في مقابل باب منزل (أو دكان) للبيع والشراء إذا كان يضر بالسكان ويكشفهم . ولا يمنع مالك من فتح باب طريق نافذ إلى الفضاء ولو كان في مقابل باب جاره .

وكذا لا يمنع من بناء ما يحجب الضوء أو الشمس عن داره ، وله أن يمنع من إحداث ما يمنع الضوء والشمس عن جريته .

وندب للجار أن يفتح باباً لجاره لير منه إذا لم يكن في ذلك ضرر عليه .. وندب إعارة جداره لجاره المحتاج لغرز خشبة فيه لأن ذلك من مكارم الأخلاق .

وأما أقسام الشركة المشهورة غير ما ذكر فهي ستة : مفاوضة . وعنان . وجبر . وعمل . وذمم . ومضاربة .. ولكل منها تعريف خاص وقد عرفها بعضهم تعريفاً عاماً فقال هي تقرير ملك متمول بين مالكين فأكثر .. فقوله تقرير ملك متمول معناه استقرار ملك شيء له قيمة مالية بين مالكين فأكثر فلكل واحد أن يتصرف فيه تصرف المالك .. خرج به تقرير شيء غير مالى كتقرير النسب والولاية فان النسب الثابت بين اثنين ليس بشيء مالى فلا يتصرفان فى النسب تصرف الشركاء .

وكذلك تقرير الولاية بين اثنين على مملوك فإنه لا يكون شركة .. وقوله بين مالكين خرج به تقرير شيء مالى بين وصيين أو وكيلين فإن مال القاصر الموجود فى يد الوصيين بمقتضى الوصاية لا يجعلها شركاء فيه ومثلها الوكيلان عن شخص

فإنهما لا يتصرفان تصرف الشركاء لأن ماله بينهما ليس مملوكا لهما . ويدخل في التعريف جميع أنواع الشركة سواء أكانت شركة إرث أو غنيمة أو شركة مال للتجارة ، مفاوضة كانت أو عناناً ، وأما شركة الذمم المعروفة بالوجوه فهي ممنوعة عندهم كما ستعرفه .

وكذلك يدخل في التعريف شركة الأبدان باعتبار الفائدة المالية التي تترتب عليها ، لأنها تكون مملوكة بينهما .

وقد عرف بعضهم الشركة المالية التجارية بأنواعها بأنها عبارة عن إذن كل واحد من الشريكين أو (الشركاء) الآخر في أن يتصرف في مال يملكه على أن كلا منهما يتصرف لنفسه وللآخر .. فكل من الشريكين يعمل في مال الآخر لصاحبه ولنفسه بخلاف الوكيل فإنه يعمل في مال الموكل للوكل خاصة . وأما تعريف كل قسم من أقسام الشركة على حدة فإليك بيانه ...

فأما شركة المفاوضة فهي اشتراك اثنين فأكثر في الاتجار بمالين على أن يكون لكل منهما نصيب في الربح بقدر رأس ماله بدون تفاوت وأن يطلق كل من الشركاء حرية التصرف للآخر في البيع والشراء والكراء والاكتراء وأن يشتري ويبيع في غيبته وفي حضوره سواء اتفقا على أن يتجرا في نوع واحد كالقمح أو الشعير أو في جميع الأنواع . وبعضهم يقول إنها إذا كانت في نوع واحد تكون عناناً لا مفاوضة لأن شركة المفاوضة يجب أن تكون عامة في كل الأنواع ولا تفسد شركة العنان عندهم بانفراد أحد الشريكين بمال غير مال الشركة ، فيصح أن تكون الشركة على ألف لكل منهما خمسمائة وعلى أحدهما زيادة على الخمسمائة .

وأما شركة العنان فهي أن يشتركا على أن لا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه فإن كل واحد منهما أخذ بعنان صاحبه يمنعه إذا أراد حتى لو صرف أحدهما بدون إذن الآخر كان له رده .. وإذا اشترطا أن يكون لأحدهما التصرف المطلق دون الآخر فقل إنها تكون عناناً في المقيد ومفاوضة في المطلق . وقيل تفسد وهو الظاهر .

وأما شركة العمل (وهي المعروفة بشركة الأبدان في بعض المذاهب) فهي أن

يشارك صانعان فأكثر على أن يعملوا معاً ويقتسما أجرة عملهما بنسبة العمل بشرط أن تكون الصنعة متحدة كحدادين أو نجارين أو خياطين أو نساجين فلا يصح اشتراك حداد و نجار ولا اشتراك صانع و نساج.. نعم يصح اشتراك صانعين تتوقف صنعة أحدهما على صنعة الآخر كأن يشارك الذي يغوص في البحر لاستخراج الثور مع صاحب الزورق الذي يحمله ويمسك له . وأن يتساويا في العمل بأن يأخذ كل واحد بقدر عمله من الغلة ويصح أن يزيد أحدهما على الآخر شيئاً يتعارفه الناس ويحصل التعاون بينهما ولو كانا بمحلين مختلفين (كدكانين) وإذا كان لكل منهما آلة للبرادة أو الحدادة أو النجارة فإنه لا يجوز أن يعمل بها قبل أن يشتري كل منهما نصفاً بنصف الأخرى حتى يكون لكل منهما نصف أحدهما ملكاً أصلاً والنصف الآخر بالشراء .. وقيل يجوز والأول هو المأمور .

وأما شركة الذمم فهي عبارة على أن يتعاقد اثنان على أن يشتريا شيئاً غير معين بشئ مؤجل في ذمة أحدهما بالتضامن بمعنى أن كلامهما يقبل لصاحبه .. ثم يديعانه .. وما خرج من الربح فهو بينهما .

أما إذا اتفقا على شراء شيء معين كسلعة خاصة معينة حين عقد الشركة وتساويا في التمويل فإنه يصح .. وهذه الشركة معروفة في بعض المذاهب بشركة الوجوه .

وأما شركة الوجوه عند المالكية فهي عبارة عن أن يتفق رجل ذو وجهة مع رجل نحل لا وجهة عنده على أن يبيع الوجهية تجارة الخنل لأن وجهته تحمل الناس على الثقة به والشراء منه وله في ظنير ذلك جزء من الربح .. وهي بمنزلة عندهم أيضاً لأن فيها تغريراً بالناس فإذا وقع ذلك فعلاً كان للوجهية أجر المثل .. أما من اشترى من الوجهية فله رد السلعة وإمساكها بشئها .. وإن كانت نفدت فإنها تلزمه بالآقل من الثمن والقيمة .

وأما إذا وقع عقد شركة الذمم ونفذ فإنه يعمل مع الشريكين بحسب ما اتفقا عليه من الربح .

وأما شركة الجبر فهي عبارة عن أن يشتري شخص سلعة بحضرة تاجر اعتاد الاتجار في هذه السلعة ولم يخطر به بأنه يريد أن يشتريها لنفسه خاصة ولم يتكلم ذلك

التاجر.. فإن له الحق في أن يشترك فيها مع من اشتراها ويجبر من اشتراها على الشركة مع ذلك التاجر .

والمالكية يقولون إن عمر رضى الله عنه قضى بها عملاً بالعرف في ذلك ، ويشترط فيها ستة شروط ثلاثة في السلعة وثلاثة في الشخص الذى يريد الاشتراك . فأما الشروط الخاصة بالسلعة فهي أن تشتري بالسوق الذى تباع فيه عادة . وأن يكون شراؤها للتجارة فإذا اشتراها للاقتناء أو ليجمعها أثاث منزله فإنه لاحق للخير في أن يشركه فيها وأن يكون الاتجار بها في البلد الذى اشتريت به فإذا اشتراها للسفر بها فإنه لا يجبر على الشركة فيها . وأما الشروط المتعلقة بالشخص الذى يطلب الاشتراك فهي أن يكون حاضراً في السوق وقت شراء السلعة وأن يكون من تجار تلك السلعة التى بيعت بحضرته . وألا يتكلم وقت الشراء .. وهناك شرط آخر يتعلق بالمشتري وهو ألا يقول لهم إننى أشتري لنفسى ولا أريد أن أشارك أحداً فمن شاء أن يزيد فليفعل فإن قال ذلك فإنه لا يجبر على الشركة . ولا يجبر الحاضر على مشاركة المشتري إلا إذا طلب منه ذلك فقبل .

وأما شركة المضاربة فقد تقدم معناها وأحكامها .

الشافعية : قالوا الشركة الجائزة نوع واحد وهى شركة العنان بكسر العين وهى عبارة عن أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك في مال للتجار فيه ويكون الربح بينهم على نسبة أموالهم بشرائط مخصوصة سيأتى بيانها .

أما أنواع الشركة المذكورة في المذاهب الأخرى فهي باطلة ، وهى ثلاثة أقسام :

الأول : شركة الأبدان وهى أن يشترك اثنان فأكثر يحترف كل واحد منهم حرفة ليعمل كل منهما بيدنه وما يرزقهم الله من أجر يقتسمونه .. وهذه متنوعة .. سواء اتحدت الحرفة كحدادين ونجارين أو اختلفت كحدادين ونجار فإذا وقع عقد شركة كهذه فإن حكمه أن كل ما يحصله أحدهم من أجره عمله وحده يختص به ولا يعطى منه شيئاً لشريكه وما يعملانه معاً يوزع عليهما أجره بنسبة مثل أجره عمل كل منهما .. فمثلاً إذا عملاً معاً في بناء حائط يأخذ كل منهما أجره مثل عمله التى يستحقها فى

اليوم فلو كان أحدهما يستحق في اليوم عشرة قروش والآخر عشرين قرشاً وزعت الأجرة عليهما بهذه النسبة .

الثاني : من أقسام الشركة الباطلة شركة المفاوضة وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك بأموالهما من غير خلط المالكين ببعضهما قبل العقد ، أما إذا خلط المالكين ببعضهما قبل العقد فإنها لا تكون شركة مفاوضة بل تكون من شركة العنان الجائزة ، حتى ولو صرحاً بالمفاوضة ونوياً بها العنان فإنها تصبح بعد الخلط قبل العقد . وكما تكون المفاوضة بالأموال تكون بالأبدان فقط أو بالأموال والأبدان .

الثالث : شركة الوجوه وهي أن يشترك وجهان (فأكثر) على شراء تجارة بشمن مؤجل لوجهاتهما ليديعاه والربح بينهما ، أو يشترك وجه واحد على أن يشترك الخل بماله ويبيع الوجه بوجهته أو يشتري الوجه بوجهته ويبيع الخل . وكل هذه الأقسام باطلة .

الحنبلة : قالوا تنقسم الشركة إلى قسمين ، شركة في المال ، وشركة في العقود .

فشركة المال هي اجتماع اثنين فأكثر في استحقاق عين بإرث أو شراء أو هبة أو نحو ذلك ولا فرق بين أن يملك العين بمنافعها أو يملك رقبته بدون منفعتها أو منفعتها بدون رقبته . وأما شركة العقود وهي المرادة هنا فهي اجتماع اثنين فأكثر في التصرف وتنقسم شركة العقود إلى خمسة أقسام :

شركة العنان ، وشركة الوجوه ، وشركة الأبدان ، وشركة المفاوضة ، وشركة المضاربة .

فأما شركة العنان . . فهي أن يشترك اثنان فأكثر بمالين على أن يعملوا معاً في تنمية الربح بينهما على ما اشترطاً . أو يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن يعمل أحدهما فقط بشرط أن يكون للعامل جزء من الربح أكثر من ربح ماله ليكون الجزء في نظير عمله فإن شرطاً له ربحاً قدر ماله فقط فهو إيضاح لا يصح . . لأنه عمل في مال الغير بدون أجر .

وأما شركة الوجوه فهي أن يشترك اثنان فأكثر في شراء تجارة بشمن مؤجل

فى ذمتيهما اعتماداً على وجاهتهما التى توجب الثقة بهما ثم يبيعانه والربح بينهما نصفين أو نحو ذلك . . . وهى جائزة مطلقاً سواء عينا جنس ما يشتريانه أو قدره أو قيمته أو لم يعيناً شيئاً.. فلو قال أحدهما للآخر ما اشتريت من شىء فهو بيننا، صح .

وأما شركة الأبدان فهى أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملأ بأبدانها وما يُرزقانه من الأجر فهو بينهما على ما اشترطا ، وهى جائزة مطلقاً، سواء اتحدت الصنعة أو اختلفت فيجوز اشتراك نجار مع حداد ولكل واحد منهما أن يأخذ الأجرة وللدستأجر أن يعطيها لآيهما أراد.. ومن شركة الأبدان الاشتراك فى تملك المباحات كالاصطياد والاحتطاب ونحو ذلك .

وأما شركة المماوضة فهى الاشتراك فى استثمار المال مع تفويض كل واحد لصاحبه فى الشراء والبيع والمضاربة والتوكيل والبيع بالدين والسفر بالمال والرهن والارتهان والضمان وغير ذلك .. إلا أنه لا يصح أن يدخل فيها الكسب النادر، كوجدان لقطعة أو كنز أو نحو ذلك .

أركان الشركة

للشركة العامة أركان خمسة : العاقدان ، والصيغة ، والمحل وهو شيان .. المال والأعمال .

الجنفية : قالوا للشركة ركن واحد وهو الإيجاب والقبول لأنه هو الذى يتحقق به العقد وأما غيره من العاقدين والمال فهو خارج عن ماهية العقد كما تقدم فى البيع.. وصيغة الإيجاب أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت ولا فرق فى ذلك بين أن يذكر له نوعاً خاصاً كأن يقول له شاركتك فى القمح أو القطن أو يذكر له شيئاً عاماً كأن يقول له شاركتك فى عموم أنواع التجارة وإذا لم يذكر لفظ الشركة بأن قال أحدهما للآخر ما اشتريت اليوم من أصناف التجارة فهو بينى وبينك فقبل صاحبه فإنه يكون شريكه.. ولكن ليس لأحدهما أن يبيع بدون إذن صاحبه لأنها قد اشتركا فى الشراء ولم يشتركا فى البيع حتى يصح لأحدهما أن يتصرف بدون إذن الآخر.. ومثل ذلك ما إذا أقتته بوقت كأن قال له ما اشتريت اليوم أو هذا الشهر فهو بينى وبينك . ولا يشترط فى الإيجاب والقبول

ان يسكونا باللفظ فإذا دفع له ألفاً وقال له أخرج مثلها واشتر تجارة والربح سيكون بيننا فأخذها وفعل بدون أن يتكلم انعقدت الشركة .. وكيفية كذابة الشركة أن يقال : هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة على رأس مال قدره كذا يدفعه فلان ومال قدره كذا يدفعه صاحبه وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان مجتمعين ومنفردين ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد وبالتأجيل فما كان من ربح فهو بينهما على قرار روس أموالهما وما كان من خسر أو تبعة فهو كذلك ، ثم يكتب التاريخ .

شروط الشركة وأحكامها

لشركة العقود شروط بعضها يتعلق بالعاقدين ، وبعضها يتعلق بالصيغة ، وبعضها يتعلق برأس المال ، وبعضها يتعلق بالربح .. ولكل نوع من أنواع الشركة شروط تتعلق به من ذلك بخصوصه وكلها مفصلة في المذاهب .

الحنفية : قالوا الشروط المنعقدة بالشركة تنقسم إلى أربعة أقسام : -

القسم الأول : يتعلق بجميع أنواع الشركة سواء كانت بالمال أو بغيره .

القسم الثانى : يتعلق بشركة المال سواء كانت مفاوضة أو عنانا .

القسم الثالث : يختص بشركة المفاوضة بأنواعها .

القسم الرابع : يختص بشركة العنان كذلك .

فأما القسم الأول .. فيشترط لثلاثة ركة بجميع أنواعها أمران : الأول ، وهو متعلق بالمعقود عليه أن يسكون المعقود عليه قابلاً للوكالة فيه فإذا تعاقد اثنان مثلاً على أن يشتركا فى الاصطياذ أو فى جمع الحشائش المباحة وبيعها فإن العقد لا يصح لأن هذه الأشياء مباحة فلا ينعقد فيها التوكيل لأن ملكها يثبت لمن يباشرها فمن جمع حطباً مباحاً أو صايد سمكاً أو غزالاً أو غير ذلك فإنه يملكه بمجرد الحصول عليه فليس لغيره مالك فيه حتى يتصور أن يوكله فى التصرف فيما يملكه منه .

ثانيهما وهو متعلق بالربح . أن يكون الربح جزءاً شائعاً معلوماً كالنصف أو الثلث أو نحوهما فإن كان الربح مجهولاً أو معيناً بعدد فإن العقد يفسد فإذا قال أحدهما

جزء من الربح ولم يعين أو قال ولك عشرون جنيها من الربح فإنه لا يصح أما الأول فلأن الجهالة في الربح توجب النزاع وأما الثاني فلأن تعيين عدد معين من الربح يقطع الشركة إذ ربما لا يربح سوى هذا المبلغ فيأخذ أحد الشريكين المشروط له ولا يكون الثاني شريكا فيه فتقطع الشركة حينئذ .

وأما القسم الثاني وهو المتعاق بشركة المال سواء كانت عنانا أو مفاوضة فهو أمور أحدها أن يكون رأس المال من النقدين كالجنيه والريال فلا يصح لعقد في شركة المفاوضة ولا في شركة العنان إذا كان رأس المال عروض تجارة أو حيوانا أو من المسكيات كالقمح والعدس أو الموزونات كالسمن والعسل فإذا اختلط ما يملكه اثنان من القمح ببعضها فإن ذلك سيكون شركة ملك كما تقدم والربح يكون بينهما بنسبة ما يملك كل واحد . والخسار يكون عليهما بتلك النسبة أما إذا كانا من جنسين مختلفين كقمح وشعير فالثمن يكون بينهما على قدر قيمة ما خصه يوم بيعه .

ومثل عروض التجارة قطع الذهب والفضة التي لم تضرب (ختم بخاتم الحاكم) إلا إذا جرت العادة بالتعامل بها فإنه يجوز أن تجعل رأس مال الشركة المالية على الصحيح .

أما المصوغ من الذهب والفضة كحلي النساء وخلاخياهن فإنه كعروض التجارة بلا خلاف .

وأما الفلوس وهي العملة مأخوذة من غير الذهب والفضة كالنحاس والبرونز فإنه يصح جعلها رأس مال للشركة إذا كان يتعامل بها كما في المضاربة .

على أنه يصح أن تجعل عروض التجارة رأس مال للشركة بحيلة وهي أن يبيع كل واحد منهما نصف ما يملكه بنصف ما يملكه الآخر ثم يخلطان ما يملكانه ببعضهما فيكون لكل واحد منهما نصف يملكه أصالة ونصف يملكه بالشراء من صاحبه . وبذلك تكون بينهما شركة ملك بحيث لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه ثم يتعاقدان على شركة المفاوضة فيفوض كل منهما لصاحبه أن يتصرف .

ثانيها : أن يكون رأس المال حاضراً عند العقد أو عند الشراء فلو دفع مائة جنيه لشخص وقال له ادفع مثلها واشتر بها وبيع صح العقد إذا أخرج الرجل المائة عند الشراء . وبعضهم يقول إذا افترقا من المجلس قبل دفع المال فإن العقد لا يصح .

ثالثها : أن لا يكون رأس مال الشركة ديناً فإذا كان لشخص دين على آخر وقال شاركني على أن رأس المال الذى أدفعه هو الدين الذى لى عند فلان أو عندك فإنه لا يصح لأن الدين مال غائب وقد عرفت أن الشرط حضور المال .

وأما الشروط المختصة بشركة المفاوضة فهى أمور منها .

أن يكون رأس مال الشريكين أو الشركاء على السواء بأن يكون قدر ما يدفعه كل واحد مساوياً لما يدفعه الآخر فلا يصح فى المفاوضة أن يدفع أحدهما مائة جنيه والآخر خمسين جنيهاً فإن كان رأس مال أحدهما مخالفاً لرأس مال صاحبه بأن دفع أحدهما ذهباً والآخر فضة فإنه يجب أن يكون كل منهما مساوياً للآخر فى القيمة فإذا دفع أحدهما عشرة جنيهات مصرية مثلاً وجب أن يدفع الآخر خمسين ريالاً من الفضة أو مائة قطعة من ذات العشرة قروش وهكذا .

ومنها أن لا يكون لأحدهما من المال الذى تتعقد به شركة المفاوضة شيء مدخر بل ينبغى له أن يخرج كل ماله فإذا كان معه ألف جنيه فلا يصح أن يعقد شركة مفاوضة مع غيره بخمسمائة بل ينبغى أن يعقدها بالآلاف فإذا عقدها بأقل مما يملك من المال كانت شركة عنان لا مفاوضة ويجوز أن يملك أحدهما عقاراً أو دوراً زيادة على المال دون صاحبه أو يملك مالا غائباً عنه كأن كان له دين على شخص لم يقبضه فإذا قبضه فسدت وصارت عناناً ولو كان لأحدهما وديعة من النقدين عند شخص زائدة على رأس مال المفاوضة فسدت المفاوضة . وهذا الشرط يتعلق برأس المال .

ومنها أنه يشترط التص على المفاوضة فى العقد إذا كان التعاقد مع من لا يعرف معنى المفاوضة الذى تقدم .. أما إذا كان الشريكان يعلمان معنى المفاوضة وأمكنهما

استيفاء هذا المعنى فى العقد بدون تصريح اللفظ فإنه يصح . وهذا الشرط يتعلق بالصيغة .

ومنها أن يكون كل من الشريكين أهلاً للكفالة بأن يكونا بالغين حرين عاقلين متفقين فى الملة كما تقدم .. وهذا الشرط متعلق بالعاقدين .

ومنها أن تكون الشركة عامة فى جميع أنواع التجارة فلا يصح تخصيصها بنوع واحد كالقطن أو القمح أو نحو ذلك وهذا الشرط متعلق بالمعقود عليه .

وأما أحكام شركة المفاوضة فهى أن كل شىء يشتره أحد الشريكين كان على الشركة .. كإطعام أهله وإدامه وإدامهم وكسوتهم وكسوته . وكذلك المتعة والنفقة والاستئجار للسكنى والركوب للحاجة كالخج وغيره فإن كل ما يشتره أحدهما بما يتعلق بذلك خاص به ومع ذلك فإن الآخر يكون كفيلاً عنه حتى أن لصاحب الكسوة والطعام ونحو ذلك بما ذكر أن يطالب الشريك الآخر الذى لم يشتر وعليه أن يردى ويرجع على شريكه بما يستحقه فيما دفع من مال الشركة .

ولا يشارك أحدهما الآخر فيما ورث من ميراث ولا ما حصل عليه من جائزة ساطانية ولا هبة ولا صدقة ولا هدية .

وإذا كان لأحد الشريكين شىء مملوك قبل عقد الشركة فليس الآخر شىء فيه كما إذا اشترى أحدهما جملاً بشرط الخيار ثم تعاقد مع صاحبه على شركة المفاوضة ثم أسقط خياره فإن الجمل يكون له وحده وليس لشريكه فيه نصيب .

وإذا أودع أحدهما وديعة كانت كذلك عند الآخر وإذا كان يعمل أحدهما فى مال مضاربة كان ما ينحصر من الربح بينهما وبين شريكه شركة مفاوضة .

وإذا ثبت فى ذمة أحدهما دين بتجارة وشبهها كان الآخر متضامناً فيه ويشبه التجارة الغصب والاستهلاك والوديعة الموجودة أو المستهلكة والعارية لأنه إذا غصب أحدهما شيئاً كان ضامناً له والضممان يفيد له تملك الأصل المغصوب فيكون كالتجارة التى ملكها بالشراء . فالدين الذى يلزم بسبب الغصب كالدين الذى يلزم بسبب التجارة فيكون الشريكان مفاوضة متضامنين فى أدائه ومثل الغصب الوديعة

فإذا أودع شخص عند أحد الشريكين شيئاً وأنكره أو استهلكه كان ضامناً له والضمان يفيد المالك في الأصل فما ثبت في ذمته يكون متضامناً شريكه معه فيه كالتيجارة ومثل ذلك العارية وكذلك إذا كفل أحدهما شخصاً في مال بإذن صاحبه فإن شريكه يكون متضامناً معه في دفع ذلك المال .

أما إذا كفل أحدهما شخصاً بنفسه بأمر صاحبه أو كفله بدون إذنه فإن الشريك الآخر لا يلزم بذلك .

وخرج ما لزم أحدهما عما لا يشبه التجارة كدين المهر والخلع والجنابة والصلح عن دم العمد والنفقة فإن كل ذلك لا يضمن فيه الآخر .

هذا ولا تبطل الشركة بالشرط الفاسد عند الحنفية وإنما يبطل الشرط ، فلو اشتركا في شراء حيوان أو عرض تجارة على أن يبيعه أحدهما دون الآخر لم تفسد الشركة ولا يعمل بالشرط . وكذلك إذا اشتركا على أن يدفع أحدهما المال وحده فإن الشرط يكون فاسداً والعقد صحيحاً وهكذا كل شرط فاسد فإنه لا يفسد العقد ولا يعمل به .

المالكية : قالوا الشروط التي تتعلق بالعاقدين ثلاثة وهي — الحرية فلا تصح بين رقيق وحر ولا بين عبيدين إلا إذا كان مأذوناً للعبد بالتجارة من سيده ، فانه يكون في حكم الحر ، والرشد فلا تصح بين سفهين أو سفیه ورشيد . والبلوغ فلا تصح بين صبيين ولا بين صبي وبالع إذا اشترك صبي مع بالغ فلا ضمان على الصبي ومثل ذلك ما إذا اشترك سفیه مع عاقل فانه لا ضمان على السفیه ومثلها العبد مع الحر وهذه الشروط هي شروط صحة التوكيل والنوكل فلا يصح لشخص أن يوكل غيره أو يتوكل عن غيره إلا إذا كان حراً بالغاً رشيداً .

وأما الصيغة فشرطها أن تكون بما يدل على الشركة عرفاً سواء كان بالقول أو بالفعل ومثال الأول أن يقول كل منهما اشتركا على كذا أو يقول أحدهما ويسكت الآخر أو يقول أحدهما شاركني ويرضى الآخر ومثال الثاني أن يخلط كل منهما ماله بمال صاحبه ويتجرأ ومتى تحققت الصيغة بالقول أو بالفعل لزم عقد الشركة . وإذا أراد أحدهما أن ينفصل عن صاحبه

قبل خلط المسالين وامتنع الآخر فليس للأول حق الانفصال إلا إذا بيعت السلع التي اشتراها كلها وظهر رأس المال .

وأما رأس المال فإنه يصح بأمور ثلاثة أحدهما النقدان من الذهب والفضة وهذا يشترط فيه ثلاثة أمور .

الأول : أن يتحد ما يدفعه أحدهما بما يدفعه الآخر في الجنس بأن يخرج أحدهما ذهباً والآخر ذهباً مثله أو يخرج أحدهما ذهباً وفضة والآخر كذلك فلا يصح أن يخرج أحدهما ذهباً فقط والآخر فضة فقط فإن فعلاً ذلك فلكل منهما رأس ماله ويقسمان الربح لكل عشرة واحد .

الثاني : أن يتحد المسالان في الصرف والوزن والجودة أو الرداءة فلا يصح أن يختلف في الصرف كأن يصرف جنيه أحدهما مثلاً بخمسة وتسعين وجنيه الآخر بتسعين مع اتحادهما في الوزن لأنهما إن اتفقا على إلغاء الزيادة فقد تفاوتتا في رأس المال لأن أحدهما في هذه الحالة يدفع أكثر من صاحبه ولم يحسب له ما دفعه والتفاوت مفسد للشركة.. وإن اتفقا على حسابان الزيادة ترتب على ذلك عدم اعتبار للوزن في صرف الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة وهو ممنوع .

وكذلك لا يصح أن يختلفا في الوزن لمسا عرفت . أما اختلافهما في الجودة والرداءة بأن كان أحدهما جيداً والآخر رديئاً فإنه لا يصح لأن قيمة الجيد أزيد من قيمة الرديء طبعاً فإن اتفقا على إلغاء تلك الزيادة وقع التفاوت المفسد للشركة وإن اتفقا على حسابان الزيادة فقد اتفقا على إلغاء الوزن وإلغاء الوزن في عيار الذهب والفضة ممنوع .

الأمر الثالث : أن يكون رأس مال الشركة من التقدين حاضراً فإذا اشتركا على مال غائب فإنه لا يصح أما إذا كان مال أحدهما حاضراً ومال الآخر غائباً فإن كانت غيبته بعيدة بحيث لا يمكن إحضاره في مسافة يومين فإن الشركة لا تصح .

وإذا كان بعض مال أحدهما غائباً وبعضه حاضراً كأن كان معه ألف منها

لخمسائة بيده والباقي مودع في مكان ثم اشتركا على الالفين فإنه ينبغي تأجيل العمل حتى تحضر الخمسائة في مسافة قريبة فإن عملا قبل ذلك كان لصاحب الخمسائة نصيبه من الربح بنسبة ذلك وهو الثلث فقط .

ثانيها : ان يكون رأس المال عيناً من أحدهما وعرض تجارة من الآخر كأن يدفع أحدهما نقداً من ذهب أو فضة ويدفع الآخر سلعة من قماش أو قطن أو قمح .

ثالثها : أن يكون رأس المال عرض تجارة من الشريكين كأن يدفع أحدهما قطناً والآخر ثياباً أو شعيراً أو أرزاً أو يدفع أحدهما قطناً والآخر قطناً كذلك إذ لا فرق أن يكون المال من العرض متحد الجنس أو مختلفه إلا أنه لا يصح أن يكون رأس المال من كل منهما طعاماً فلا يصح أن يدفع كل واحد قمحاً أو شعيراً .. وإنما جازت في صورة ما إذا كان مال أحدهما طعاماً والآخر نقداً أو عرض تجارة، تغليباً لجانبى النقد وعرض التجارة على الطعام .

وعلى كل حال فيشترط في جعل رأس المال عرض تجارة ان يقوم رأس المال وتعتبر الشركة فيه بالقيمة ثم إن كان عرض التجارة معدوداً أو مكيفاً أو موزوناً فتعتبر قيمته بعد بيعه وقبضه لأنه إنما يدخل في ضمان المشتري بالقبض فتعتبر قيمته يوم قبضه ومثل ذلك العرض الغائب غيبة قريبة فإن قيمته تعتبر يوم قبضه وأما غير ذلك فتعتبر قيمته يوم عقد الشركة .

وأما الربح فإنه يشترط فيه أن يكون بحسب نسبة المال فلا يصح لأحدهما ان يأخذ أكثر من نسبة رأس ماله الذى دفعه ، وكذلك الخسارة .

ومثل الربح العمل فعلى كل منهما أن يعمل بنسبة رأس ماله فإن اشترطا التفاوت في الربح أو العمل بطلت الشركة فإذا لم يشرعا في العمل وظهر لهم بطلان الشركة بذلك فسخ العقد فإذا عملا في المال واتضح البطلان بعد العمل قسم الربح بينهما على قدر رأس المال الذى دفعه كل منهما .

فإذا كان لأحدهما ثلث المال والآخر الثلثان واشتركا على أن يكون لصاحب ثلث المال نصف الربح ولصاحب الثلثين النصف الآخر فإن لصاحب الثلثين الرجوع على صاحب الثلث بالسدس الزائد على مقدار رأس ماله ولصاحب الثلث الرجوع على صاحب الثلثين بأجر عمله الذي يقابل سدس الربح الذي زيد له وهو سدس أجرة العمل كله .

هذا محصل الشروط المعتبرة في شركة العقود عامة ، وقد تقدمت الشروط الخاصة بكل نوع على حدة عند تعريفه .

الشافعية : قالوا قد عرفت بما تقدم أن القسم الصحيح من أقسام الشركة عند الشافعية هو شركة العنان وأما غيرها فهو باطل وقد عرفت حكمته فيما تقدم وكذلك عرفت أن أركانها أربعة صيغة وشريكان ومال .. وتعلق بكل ركن منها شروط .

فيشترط في الصيغة أن تشتمل على ما يفيد الإذن بالتصرف لمن يتصرف منهما بالبيع والشراء ونحوهما فإن كان التصرف من أحدهما يلزم أن تكون الصيغة مشتملة على ما يدل على إذن الآخر إياه بالتصرف وإن كان التصرف منهما معاً لزم أن تشتمل على إذن كل واحد لصاحبه وذلك كأن يقول كل منهما لصاحبه جعلنا هذا المال شركة وأذنتك بالتصرف فيه على سبيل التجارة بيعاً وشراء فيقول الآخر قبلت .. ولا يكفي اشتراكنا فقط بل لابد من التصريح بما يدل على الإذن المذكور ،

وأما الشريكان فيشترط في كل منهما الرشد والبلوغ والحرية فلا يصح عقد الشركة من سفیه أو مجنون أو صبي أو رقيق غير مأذون له وكذلك لا يصح من مكروه أو فضولي . ويصح من أعمى على أن يكون المتصرف غيره ويوكل عنه في القبض بشرط أن يكون أهلاً لأن يوكل عنه غيره بأن يكون رشيداً بالغاً .

وأما رأس المال فيشترط له أمور :

(أولاً) أن يكون مثلياً والمراد بالمثلي ما يحصره كيل أو وزن ويجوز فيه السلم .. كالنقدين من الذهب والفضة فإنهما يحصران بالوزن والحنطة والشعير

والأرز ونحوها فانها تحصر بالكيل . أما غير ذلك مما لا يسكال ولا يوزن من عروض التجارة فإنه لا يصح أن يحمل رأس مال إلا إذا باع أحدهما بعض تجارته ببعض تجارة صاحبه بطريق الشيوخ ثم يأذن كل واحد منهما لصاحبه بالتصرف على سبيل التجارة وبذلك يصح جعل عرض التجارة (والجمع عروض) رأس مال سواء اتحد جنسه أم اختلف .

(ثانياً) اختلاط المالين قبل العقد بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر أما خلطهما بعد وقوع العقد فقبل يصح وقيل يتمتع وعلى الثاني فإنه يلزم الشريكين إعادة الصيغة .

(ثالثاً) يشترط اتحاد ما يخرج كل واحد من المال ببعضه فلا يصح أن يخرج أحدهما ذهباً والآخر فضة وبالعكس وكذلك لا يصح أن يخرج أحدهما فضة من ذات العشرة قروش ويخرج الآخر من ذات الخمسة ونحو ذلك إلا إذا ملكا مالا مختلفا بطريق الهبة أو طريق الميراث فإنه لا يشترط اتحاده وإنما الشرط أن يأذن كل واحد منهما صاحبه في التصرف بطريق التجارة .

ولا يشترط التساوى في رأس المال ولا في العمل على المعتمد ، فيصح أن يكون رأس مال أحدهما أقل من رأس مال صاحبه ويكون عمله الذى يقابل زيادة نصيبه من المال تبرعاً منه لا يستحق عليه شيئاً . نعم يشترط أن يقسم الربح أو الخسارة على قدر المالين سواء تساوى الشريكان في العمل أو تفاوتتا فإذا دفع أحدهما مائة ودفع الآخر خمسين لزم أن يأخذ الثاني ثلث الربح فإن اشترط أقل من ذلك أو أكثر فسد العقد ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمل مثله في ماله فإذا كانا متساويين في العمل والمال فيقع عمل أحدهما في مال صاحبه مقابل عمل الآخر في ماله ويكون ذلك مفاوضة .

الحنابلة : قالوا تنقسم الشروط في الشركة إلى ثلاثة أقسام .

الأول : شروط صحيحة لا يترتب عليها ضرر ولا يتوقف العقد عليها كما إذا اشترط أن لا يديعا إلا بكذا وأن لا يتجرا في مكان كذا أو أن لا يسافرا بالمال أو نحو ذلك فهذا كله صحيح لا ضرر فيه .

الثاني : شروط فاسدة لا يقتضيها العقد كاشتراط علم فسخ الشركة مدة سنة مثلا أو أن لا يبيع لأبراس المال أو أن لا يبيع لمن اشترى منه ونحو ذلك ، فهذه الشروط لا يترتب عليها فساد العقد ولا يعمل بها .

القسم الثالث : الشروط التي تتوقف عليها صحة العقد وهي أمور : منها أن يكون المالان معلومين للشريكين ، ومنها حضور المالين فلا تصح بمال غائب أو في الهبة كالمضاربة ، ومنها أن يشترط لكل واحد جزءاً من الربح معلوماً مشاعاً كالنصف أو الثلث ونحوهما ، ومنها غير ذلك من الشروط الواجبة في المضاربة .

تصرف الشركاء

في المال وغيره

لكل واحد من الشركاء أن يتصرف في رأس مال الشركة بالبيع والشراء وغيرها على تفصيل في المذاهب :

الحنفية — قالوا يختلف حكم تصرف الشركاء باختلاف أنواع الشركة فأما تصرفهم في شركة المفاوضة فهو على قسمين .

الأول : أن يتصرف كل منهم في مال الشركة ، الثاني : أن يتصرف كل منهم فيما وقع من شريكه من التعاقد مع الغير فأما الأول فهو على وجوب أن يكون لكل واحد الحق في أن يبيع بكثير الثمن وقليله إلا إذا كان في بيعه غبن كثير لا يقع بين الناس عادة فإنه لا يجوز . ولا يجوز له أن يشتري إلا بما هو معروف عند الناس .. وهل يصح له أن يبيع بعرض التجارة أو لا بد من البيع بقيمة العرض ، أي بالتقود ؟ في هذا خلاف .

ومنها أن لكل منهم أن يبيع لمن لا تقبل شهادته عليه ، كولد ، ما دام بغير غبن كثير . ومنها أن لكل منهم أن يودع مال الشركة : ومنها أن لكل أن يبيع

ويشترى بضمن مقبوض ومؤجل . ولكل منهم ان يتعاقد عقد سلم بأن يشتري سلعة بضمن حال على ان يقبضها بعد مدة معينة او يبيع سلعة كذلك ..

وخامسها لكل منهم أن يشتري سلعة بضمن مؤجل ثم يبيعها بضمن أقل حالاً لينتفع بالمال الذي يقبضه (١).

ومنها ان لكل منهم ان يرهن مال الشركة مقابل دين على الشركة وله ان يرهن مال المفوضة في نظير دين عايمه خاصة إلا أنه يضمن لشريكه القدر الذي يستحقه في المال المرهون وإن كانت قيمة المرهون أكثر من الدين الذي عليه فلا يضمن شيئاً ، وإذا رهن مالا خاصاً به في مقابل دين على الشركة فإن شريكه يكون ضامناً لنصيبه من الدين فيرجع عليه به .

ومنها ان لكل واحد ان يهدي بالمال كحل كالحم والخبز والفاكهة وله ان يولم بشرط أن لا يخرج عن العرف في ذلك أما الإهداء بخير المال كحل كالذهب والفضة فإنه لا يجوز .

ومنها ان لكل منهم أن يسافر بالمال بدون إذن شريكه على الصحيح .

ثم إن كان السفر بإذن شريكه كان له الحق في الإنفاق على نفسه في طعامه وإدامه وكرائه من رأس المال إن لم يربح .. فإن ربح حسبت النفقة من الربح .

ومنها أن لكل منهم أن يدفع المال مضاربة كأن يعطى شخصاً مائة ليحصل فيها بجزء من الربح وما بقي من الربح يكون بين الشركاء .. وله أن يأخذ مالا مضاربة ليحصل فيه ولكن ربحه يكون خاصاً به .

ومنها أن لكل منهم أن يشارك الغير شركة عنان ببعض مال الشركة ويجوز عليه وعلى شركائه سواء كان ذلك بإذن شريكه أولاً . وليس له أن يشارك الغير شركة مفوضة إلا بإذن شريكه ولا فرق في ذلك بين أن يشارك قريباً كأبيه وابنه أو بعيداً .

ومنها أن لكل منهم أن يوكل وكيلاً ويدفع إليه بعض المال ويأمره أن

(١) شبهة الربا واضحة هنا — راجع للؤلؤف «بحوث في الربا» .

ينفق على التجارة من مال الشركة فإذا عزل الشريك الآخر ذلك الوكيل فإنه ينزل إذا كان وكيلًا في بيع أو شراء أو تجارة. أما إذا كان وكيلًا في تخليص دين باع به الشريك الموكل سلعة من تجارة الشركة فليس للشريك الآخر عزل ذلك الوكيل لأنه ليس لأحد الشركاء أن يقبض ما باع به واحد منهم أو يخاصم فيه بل الذي يفعل ذلك هو المباشر فقط .. فكذلك ليس لغير المباشر أن يعزل الوكيل .

ومنها أن لكل منهم أن يعير من مال الشركة ولكل واحد من الشركاء أن يمنع صاحبه من عمل شيء من الأوجه التي تقدمت كلها . فإذا نهاه عن فعل واحد منها في نصيبه وخالفه كان عليه الضمان فإذا قال له لا تسافر بمال فسافر وهلك المال كان عليه دفع نصيب شريكه الذي نهاه عن السفر .

وليس لواحد من الشركاء أن يقرض من مال الشركة بدون إذن صاحبه فإذا فعل ضمن نصيب شريكه ولا تفسد الشركة .

القسم الثاني : تصرف أحد الشركاء فيما يقع منهم من التعاقد مع الغير وهو على وجوه أيضا : منها أنه إذا أقال أحدهما في بيع باعه الآخر نفذت إقالته على الشركاء . . مثلا إذا باع أحدهم سلعة بمائة فطلب المشتري إقالته منها فأقاله الشريك الذي لم يباشر بيعها نفذت إقالته ومثل البيع السلم .

ومنها أنه إذا باع أحد الشركاء سلعة بثمن مؤجل ثم مات فليس للشريك أن يطالب بغير ما ينحصره فإذا كان له النصف ودفعه المدين برئت ذمته أمامه ، والورثة هم الذين يطالبون بنصيب الميت .

ومنها أنه إذا باع أحدهما شيئا ثم وهب الثمن إلى المشتري أو أبرأه فإنه يجوز ، وعليه الضمان . ومنها أنه يجوز لأحد الشركاء أن يؤخر دينا لهم عند الغير حل موعده وينفذ تأخيرهم على الجميع ، سواء كان المباشر لعقد الدين أحدهما أو هم جميعا

ومنها أنه إذا اشترى أحدهم شيئا كان شركاؤه متضامنين معه في الثمن فيؤاخذون كما يؤاخذ الذي باعوا الشراء . ولكل منهم أن يقبض السلعة التي اشتراها أحدهم . وإذا وجد أحدهم لصاحبه ذلك وإذا اشترى أحدهم سلعة وظهر أنها ليست بملك البائع

عينا في سلعة اشتراها صاحبه فله أن يردّها كما لصاحبه ذلك فليسكل منهم أن يطالب
البائع بشئها . ومنها أنه إذا أقر أحدهما نفذ إقراره على نفسه وعلى شركائه إلا إذا
كان متهما بالنسبة لمن أقر له بأن كان ممن لا تقبل شهادته عليه كأبيه وابنه .

وأما الثاني وهو التصرف في شركة العنان فهو على وجوه أيضا .. منها أن لكل
واحد من الشريكين شركة عنان أن يوكل بالبيع والشراء والاستئجار والآخر أن
يعزل ذلك الوكيل .

أما إذا وكله بتقاضى دين فليس الآخر إخر إجه كما تقدم في شركة المفاوضة وبعضهم
يقول إن ذلك خاص بالمفاوضة . وما عدا ذلك فإن كل التصرفات الثابتة لشريك
المفاوضة تثبت لشريك العنان وكل ما يمنع منه شريك المفاوضة يمنع منه شريك
العنان إلا في أمور ، منها أن شريك العنان لا يملك أن يشارك الغير بدون إذن
شريكه فإذا اشترك اثنان شركة عنان فاشترك أحدهما مع ثالث بدون إذن شريكه
كان الربح بينهم جميعا على أن يأخذ الثالث نصفه ويقسم النصف بين الشريكين
الأصليين وإذا اشترى الذى لم يشارك شيئا كان ربحه خاصا به .

ومنها أنه ليس لشريك العنان الذى لم يباشر البيع أن يرهن عينا من مال الشركة
فإذا رهن بدين على الشركة لم يجز وضمن العين المرهونة . وإذا ارتهن
عينا بدين لهما على الغير لم يجز على شريكه ، فإن هلك الرهان فى يده وكانت قيمته
مساوية للدين فإن حصته تضيع عليه ويرجع شريكه بحصته على المدين صاحب
العين المرهونة بنصف قيمة الرهن ولشريكه أن يرجع عليه بما يخصه
مباشرة .

أما الشريك المباشر للبيع فإنه يجوز له أن يرهن ويرتهن فإذا اشترى أحدهما عينا
بشئ مؤجل ورهن فى مقابل الثمن عينا من مال الشركة فإن له ذلك وينفذ
على الشريكين ، أو الشركاء .

المالكية — قالوا لأحد الشريكين — شركة مفاوضة — أن يتصرف فيما يأتي :

أولاً : له أن يتبرع بشيء من مال الشركة ليؤلف به قلوب الذين يرجون تجارته ويشبه ذلك ما يتفق على الإعلانات في زماننا وكذا له أن يصدق باليسير من مال الشركة كدفع كسرة لفقير . . وله فعل الأشياء اليسيرة المعتادة بين الناس كإهارة آلة ونحو ذلك .

ثانياً : له أن يعطى شخصاً مالا من الشركة ليشتري له به بضاعة من بلد كذا وذلك يسمى إبطاعاً وهذا من حقوق الشريكين شركة عنان أيضاً على أن الإبطاع لا يصح إلا إذا كان مال الشركة واسعاً ، وإلا فلا يصح الإبطاع بدون إذن الشركة .

ثالثاً : لأحد المتفاوضين أن يودع مال الشركة عند من يراه أميناً لحذر يقتضى الإيداع فإن أودع بغير عذر ضمن .

رابعاً : له أن يشارك في جزء معين من المال شركة مفاوضة أو شركة عنان بحيث لا يكون للشريك الجديد إلا العمل في الحيز الذي عينه ، فلو عمل في كل ملك الشركة .. بدون إذن الشريك الأول فإنه لا يصح .

خامساً : له أن يعطى بعض المال لشخص مضاربة إذا كان المال متسعاً يحمل ذلك .. وإلا فلا يصح بدون إذن شريكه أيضاً .

سادساً : له أن يقبل من سلعة باعها هو أو شريكه إن كان في ذلك فائدة للتجارة وإلا لزمه للشريك قدر حصته .

سابعاً : له أن يقبل السلعة التي بها عيب سواء اشتراها هو أو شريكه بغير إذن شريكه . هذا وإن لأحد الشريكين أن يفعل كل هذه الأمور من الأول إلى السابع وإن شريكه عنها وامتنع من قبولها .

ثامناً : له أن يقر بدين على الشركة ويؤخذ من مال الشركة ويلزم شريكه أن يدفع ما يخصه ولكن بشروط ثلاثة : أحدها أن يصدق المقر له على ذلك ، فإذا

عينا في سلعة اشتراها صاحبه فله أن يردّها كما لصاحبه ذلك فليسكل منهم أن يطالب
البائع بشئها . ومنها أنه إذا أقر أحدهما نفذ إقراره على نفسه وعلى شركائه إلا إذا
كان متهما بالنسبة لمن أقر له بأن كان ممن لا تقبل شهادته عليه كأبيه وابنه .

وأما الثاني وهو التصرف في شركة العنان فهو على وجوه أيضا .. منها أن لكل
واحد من الشريكين شركة عنان أن يوكل بالبيع والشراء والاستئجار وللآخر أن
يعزل ذلك الوكيل .

أما إذا وكله بتقاضى دين فليس الآخر إخر اجه كما تقدم في شركة المفاوضة وبعضهم
يقول إن ذلك خاص بالمفاوضة . وما عدا ذلك فإن كل التصرفات الثابتة لشريك
المفاوضة تثبت لشريك العنان وكل ما يمنع منه شريك المفاوضة يمنع منه شريك
العنان إلا في أمور ، منها أن شريك العنان لا يملك أن يشارك الغير بدون إذن
شريكه فإذا اشترك اثنان شركة عنان فاشترك أحدهما مع ثالث بدون إذن شريكه
كان الربح بينهم جميعا على أن يأخذ الثالث نصفه ويقسم النصف بين الشريكين
الأصليين وإذا اشترى الذي لم يشارك شيئا كان ربحه خاصا به .

ومنها أنه ليس لشريك العنان الذي لم يباشر البيع أن يرهن عينا من مال الشركة
فإذا رهن بدين على الشركة لم يجز وضمن العين المرهونة . وإذا ارتهن
عينا بدين لهما على الغير لم يجز على شريكه ، فإن هلك الرهان في يده وكانت قيمته
مساوية للدين فإن حصته تضيع عليه ويرجع شريكه بحصته على المدين صاحب
العين المرهونة بنصف قيمة الرهن ولشريكه أن يرجع عليه بما يخصه
مباشرة .

أما الشريك المباشر للبيع فإنه يجوز له أن يرهن ويرتهن فإذا اشترى أحدهما عينا
بشئ مؤجل ورهن في مقابل الثمن عينا من مال الشركة فإن له ذلك وينفذ
على الشريكين ، أو الشركاء .

المالكية — قالوا لأحد الشريكين — شركة مفاوضة — أن يتصرف فيما يأتي :

أولاً : له أن يتبرع بشيء من مال الشركة ليؤلف به قلوب الذين يرجون تجارته ويشبه ذلك ما ينفق على الإعلانات في زماننا وكذا له أن يصدق باليسير من مال الشركة كدفع كسرة لفقير . . وله فعل الأشياء اليسيرة المعتادة بين الناس كإهارة آلة ونحو ذلك .

ثانياً : له أن يعطى شخصاً مالا من الشركة ليشتري له به بضاعة من بلد كذا وذلك يسمى إبطاعاً وهذان من حقوق الشريكين شركة عنان أيضاً على أن الإبطاع لا يصح إلا إذا كان مال الشركة واسعاً ، وإلا فلا يصح الإبطاع بدون إذن الشركة .

ثالثاً : لأحد المتفاوضين أن يودع مال الشركة عند من يراه أميناً لحذر يقتضى الإيداع فإن أودع بغير عذر ضمن .

رابعاً : له أن يشارك في جزء معين من المال شركة مفاوضة أو شركة عنان بحيث لا يكون للشريك الجديد إلا العمل في الحيز الذي عينه ، فلو عمل في كل مال الشركة . . بدون إذن الشريك الأول فإنه لا يصح .

خامساً : له أن يعطى بعض المال لشخص مضاربة إذا كان المال متسعاً يحصل ذلك . . وإلا فلا يصح بدون إذن شريكه أيضاً .

سادساً : له أن يقبل من سلعة باعها هو أو شريكه إن كان في ذلك فائدة للتجارة وإلا لزمه للشريك قدر حصته .

سابعاً : له أن يقبل السلعة التي بها عيب سواء اشتراها هو أو شريكه بغير إذن شريكه . هذا وإن لأحد الشريكين أن يفعل كل هذه الأمور من الأول إلى السابع وإن نهى شريكه عنها وامتنع من قبولها .

ثامناً : له أن يقر بدين على الشركة ويؤخذ من مال الشركة ويلزم شريكه أن يدفع ما ينجمه ولكن بشروط ثلاثة : أحدها أن يصدق المقر له على ذلك ، فإذا

كذبه فلا يلزم شريكه شيء . ثانياً أن يكون المقر له ليست بينه وبين المقر علاقة توجب اتهامه في إقراره كأبويه وابنه فإذا أقر الواحد منهم بدين فإنه لا يلزم شريكه ويكون مسئولاً عنه المقر فقط . ثالثاً أن يكون الإقرار لمن لا يتم بالنسبة له حال قيام الشركة فإن أقر بعد فض الشركة وصدقه المقر له لزمه أن يدفع له نصيبه الذي يخصه ثم يعتبر شاهداً بالنسبة لنصيب شريكه ويحلف هو وصاحب الدين الذي أقر له وبعد ذلك يلزم الشريك أن يدفع ما يخصه .

تاسعاً : له أن يبيع بالدين بغير إذن شريكه وليس له أن يشتري بالدين بغير إذنه ، فإن فعل خير شريكه بين القبول والرد وفي حالة الرد يكون الثمن على المشتري خاصة ولا فرق في ذلك بين أن تكون السلعة التي اشتراها بالدين معينة بينهما بأن قال له اشتر السلعة الفلانية أو لم تكن معينة كأن قال له كل سلعة أعجبتك فاشترها .. فإذا أذنه شريكه في شراء سلعة معينة بالدين فإنه لا يصح .. لأنها تكون من باب شركة الذمم وهي ممنوعة عندهم كما تقدم .

عاشراً : لأحد المتفاوضين أن يأخذ مالا من شخص آخر غير شريكه ليتجر له فيه ممانعة ويكون ربحه خاصاً به لا شيء منه لشريكه بشرط أن لا يشغله العمل فيه عن العمل للشركة الأولى ، أو يأذن له شريكه إذا كان يشغله ، ومثل ذلك ما إذا اتجر أحدهما في وديعة عنده فإنه يكون له ربحها وعليه خسارتها بلا دخل لشريكه إلا إذا علم شريكه بذلك ولم يمنع فإنه يكون متضامناً معه في ربحها وخسارتها .

الشفافية : قالوا لكل واحد من الشركاء أن يتصرف بما يناسب المصلحة فلا يصح لأحدهم أن يتصرف تصرفاً يعود بالضرر على باقي الشركاء فلو اتفق أحد الشركاء مبدئياً على بيع سلعة ثم وجد من يشتريها بثمن أكثر من ثمن مثلها فإنه يجب عليه نقض ذلك الاتفاق لمصلحة شركائه . وإذا باع سلعة بشرط الخيار ثم وجد من يرغب فيها بثمن زائد قبل انقضاء مدة الخيار فإنه يتعين عليه فسخ العقد وبيعها بالزائد المصلحة . وليس لأحدهم أن يبيع بالدين ولا بنقد غير متداول ببلده أو بنقد أقل سعراً من نقد بلده لأن في ذلك ضرراً لمصلحة شركائه وكذلك ليس له أن يبيع بغير كثير لا يقع مثله عادة بين الناس ولا أن يسافر بمالك الشركة بغير ضرورة لم يأذن له في ذلك كله شركاؤه .. فإذا أذنوا فعل ولا ضمان عليه

وإلا فعليه الضمان ثم إن كان قد باع بالدين أو بغير نقد البلد الذي يتعامل به فيها أو بخين كثير لا يصح البيع في نصيب شريكه ويضمنه بالتسليم أما نصيبه هو فقليل يصح البيع فيه بناء على القول بجواز تجزئة العقد بأن يكون صحيحاً في بعض العين المبيعة وفاسداً في البعض الآخر ويسمى ذلك (تفريق الصفقة) وقيل لا يصح أيضاً كما لا يصح في نصيب الشريك بناء على القول بعدم جواز ذلك .. وعلى الأول يكون المشتري شريكاً للشريك الأصلي لأنه يملك نصيب الشريك الذي باع له .. أما على الثاني فالبيع كله باطل .

وليس لأحد الشركاء أن يعطى شيئاً من مال الشركة ليشتري به بضاعة بدون أجر (ويسمى ذلك إبطاعاً) إلا بإذن شركائه .. هذا وعقد الشركة جائز لكل من الشريكين فسخه متى شاء فلو فسخه الشريكان جميعاً انعزلا عن العمل .

أما إذا عزل أحدهما صاحبه فإن عزله ينفذ ويبقى هو في العمل حتى يعزله صاحبه أيضاً وتفسخ الشركة بموت أحدهما وجنونه دائماً .

الحنابلة : قالوا يجوز لأحد الشركاء أن يفعل الأمور التي تجوز في المضاربة ويمتنع عليه ما يمتنع فيها .

إذا ادعى أحد الشركاء تلف المال ونحو ذلك

الأصل أن الشريك أمين في المال والأمين ينبغي أن يصدق فيما يدعيه وذلك هو الأساس الأول الذي تحت شريعتنا المطهرة على اعتباره في عقد الشركة .. فتنى اختل ذلك الأساس فقد انهارت الشركة وفشل الشركاء في كل ما يقومون به من الأعمال صغيراً كان أو كبيراً ومن أجل ذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يقول الله أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان خرجت من بينهما » رواه أبو داود والحاكم وقال صحيح الإسناد .

ومعنى ذلك أن الله سبحانه لا يزال عوناً للشريكين مادام كل منهما أميناً على مال

صاحبه لا يخونه في كثير منه ولا قليل فإذا سولت له شهوته الفاسدة أن يخون صاحبه رفع الله تلك المعونة . ومن يكن الله عوناً له لا بد أن ينجح في عمله ويفوز بأحسن ثمراته إن عاجلاً وإن آجلاً .. أما الذي لا يعينه خالقه فهو خاسر لا تحالة ومعرض للهلاك في الدنيا والآخرة .. فالأمانة هي أساس نجاح الشركاء والخيانة أساس فشلهم وخسارتهم جميعاً وذلك مشاهد محس لا يحتاج إلى دليل فإنك ترى كثيراً من الشركات لا تلبث أن تمحى آثارها رغماً من مساعدة الظروف إياها بينما الشركات التي أقل منها مالا وأرق حالاً تستمر وتنمو وما ذلك إلا لحرص الشركاء على تنفيذ شروطهم كاملة وتمسكهم بالأمانة في كل شأن من شئونهم وبعدهم عن الخيانة في جميع الأحوال .

.. وإذا كان ذلك كذلك فكل ما يدعيه أحد الشركاء من خسارة وربح ونحوها يصدق فيه .. على تفصيل في المذاهب :

١ — الحنيفة : قالوا كل ما يدعيه أحد الشركاء في مقدار الربح والخسران وفقد المال والدفع شريكه فإنه يصدق في قوله بعد أن يحلف اليمين حتى ولو ادعى أنه دفع ما يخص شريكه بعدموته فإن القول قوله يمينه .. ألا ترى أن من وكل شخصاً في أن يقبض وديعة له عند آخر ثم مات الموكل فادعى الوكيل أنه قبضها قبل أن يموت الموكل وهلك في يده قبل أن يعطيها له وهو أمين لا ضمان عليه فإنه يصدق ولو أنكرت الورثة .. وكذلك إذا قال دفعتها إليه فإنه يصدق أما إذا وكله في قبض دين ثم مات الموكل وادعى الوكيل تلك الدعوى فإنه لا يصدق ولا تبرأ ذمة المدينون بذلك ...

وذلك لأن الدين شاغل لذمة المدين فإذا دفعه لصاحبه فقد شغل ذمته به فثبت للمدينون في ذمة الدائن مثل ما ثبت للدائن في ذمته فتقابل كل منهما بالآخر قساصاً وهذا هو معنى قولهم إن الديون تقضى بأمثالها وفي ذلك تضمنين للبيت وإيجاب الضمان على الغير لا يصدق فيه الوكيل وإنما يصدق في نفي الضمان عن نفسه . ولهذا لا يضمن الوكيل الدين ولا يرجع عليه المدينون بشيء ... وبالجملة فالوكيل إذا ادعى أمراً فيه نفي الضمان عن نفسه صدق أما إذا ادعى ما فيه إيجاب الضمان على الغير فإنه لا يصدق .

ويضمن الشريك بالتعدي لأن الأمين إذا تعدى ضمن كما يضمن بموته من غير أن يبين نصيب شريكه فإذا اشترك اثنان وباع أحدهما تجارة بالدين ولم يبين نصيب شريكه قبل موته فإن على الورثة دفع نصيبه ولو ضاع عند المدين .. أما إذا بينه فلا ضمان . وإذا نهى أحد الشركاء شريكه عن البيع بالدين فباع نفذ البيع في نصيب البائع ووقع موقوفاً في حصة شريكه فإن أجازاه فالربح بينهما وإن لم يحز فالبيع في حصته باطل وحكم ما إذا نهاه عن السفر فلم يمثل .. حكم المضارب الذي يفعل ذلك وقد تقدم .

المالكية — قالوا إذا ادعى أحد الشركاء التلف لمال الشركة بآفة سماوية أو خسر العمل فيه تجارة وأنكر شريكه عليه ذلك وادعى عليه أنه أخفاه ولم يحصل تلف ولا خسارة .. فلا يخلو إما أن تقوم القرائن على كذبه في دعواه التلف والخسر كأن يكون مع جماعة لا يخفى عليهم التلف ولم يسمعوا عنه أو تكون السلعة رابحة لا يمكن أن تخسر أولاً تقوم القرائن على ذلك وعلى كل حال فالقول بالنكر .. ثم إن قامت القرائن على كذب المدعى ضمن المال وإن لم تقوم القرائن حيث لا بينة ولا دليل فإنه يحلف على أنه حصل الخسارة بالتلف .

وإذا ادعى أحد الشركاء أنه اشترى سلعة لنفسه أو لعياله وأنكر شريكه ذلك وقال هي للشركة .. فإن كانت تلك السلعة تليق به وبيعاليه بأن تكون طعاماً أو لباساً فإن القول للمدعى بلا يمين .

أما إذا كانت لا تليق به فإنه لا يصح ويرد ما اشتراه للشركة .

وإذا ادعى أحدهما أن له ثلثي المال وادعى الآخر أن لكل واحد نصفه فالقول لمن ادعى النصف فيقسم بينهما نصفين بعد حلفهما .. وبعضهم يقول إنه يعطى لمدعى الثلثين النصف ولمدعى النصف الثلث ويقسم السدس المتنازع فيه نصفين فيأخذ صاحب الثلث ثلثاً ونصف سدس ويأخذ صاحب الثلثين نصفاً ونصف سدس فإذا كان المتنازع بين أكثر من اثنين قسم المال بحسب الرؤوس .

وإذا ادعى أحد الشريكين على شيء رآه بيد شريكه أنه من مال الشركة فأنكر الآخر ذلك وقال إنه خاص بي فإن ذلك يحتمل أمرين : الأول أن تقوم (م ٦ . عقود)

بينة على أنهما يتصرفان تصرف شركاء المفاوضة أو أنهما أقرتا بالمفاوضة . . أو أن الشركة قد وقعت على يدهما ولا بينة للنسك .

الثاني : أن يأتي النسك بينة تشهد بأن هذا المال قد ورثه النسك أو وهب له أو نحو ذلك . . وفي هذه الحالة يكون المال للنسك خاصة سواء شهدت بأنه جاءه قبل الشركة ولم يدخل فيها أو قالت إنها لا تعلم إن كانت المفاوضة قبله أو قالت إنها كانت المفاوضة قبله أو هو قبلها .

أما إذا قالت (البينة) إن الشركة قبل المال ولم تشهد بعدم دخوله فيها فإنه يكون للشركة ،

الشافعية — قالوا الشريك أمين على مال الشركة فكل ما يدعيه أحد الشريكين من الربح والخسران ورد بعض المال لشريكه فإنه يصدق فيه . . وأما إذا ادعى تلف المال ففيه تفصيل وذلك لأنه إذا ادعى تلفه بدون أن يعرف له سبباً أو بسبب خفي كالسرقة فإنه يصدق بلا يمين .

أما إذا ادعى تلفه بسبب ظاهر كالخريق فإنه لا يصدق إلا إذا أقام البينة على حصول الخريق وأن مال التجارة حرق به .

وأما إذا عرف الخريق ولم يعرف أن مال التجارة احترق به فإنه يصدق بيمينه وإذا ادعى أحد الشريكين بأنه اشترى هذه السلعة للشركة ، وادعى الآخر بأنه اشتراها لنفسه لما فيها من زيادة في الثمن أو العكس صدق من كان المال في يده . وإذا ادعى من في يده المال أنها اقتسماء وما في يده خاص به وأنكر شريكه فالقول في هذه الحالة للنسك لأن الأصل عدم القسمة .

الحنابلة — قالوا الشريك بالنسبة لشريكه أمين لأنه كالوكيل فالقول قوله في رأس المال وفي قدر الربح وفي أنه ربح أو لم يربح وفيما يدعيه من هلاك إلا إذا كان للآخر بينة تشهد بخلاف ذلك وإن ادعى التلف بسبب ظاهر كلف بينة تشهد به ثم حلف أنه تلف به . . والقول قوله فيما اشتراه لنفسه أو لا شركة ونحو ذلك .

المبحث الثاني

العقود

* في المقدمة العامة للبحث .. جاء ذكر العقود ، بمناسبة الكلام عن « الزكاة »
وللغاري أن ينظر مرة أخرى فيما ذكرناه في المقدمة ، لأن فيه إضافة
غير واردة هنا .

* وفي الصفحات التالية سرنا على النهج المعتمد .. ابتداء بمعاجم اللغة .. وكتب
التفسير والحديث .. ثم مراجع الفقه .. كل ذلك قدر الطاقة ، والله
المستعان ...

العقود

حين نريد تفسير معنى كلمة العقود وتوضيح مدلولها فإنه يتحتم بالضرورة أن نرجع إلى كتب اللغة أولا :

ففي لسان العرب جاء : والعقد .. العهد والجمع عقود وهي أوكد العهد ويقال عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت عاهدته أو عقدت عليه، فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق . والمعاهدة : المعاهدة . وعاهد عاهده ، وتعاهد القوم : تعاهدوا ، وقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) قيل هي العقود ، وقيل هي الفرائض التي ألزمها . وقال الزجاج أوفوا بالعقود التي عاهدها الله تعالى عليهم ، والعقود التي يعاهدها بعضهم على بعض على ما يوجبها الدين (١) .

فإذا قرأنا مدلول المادة (عقد) في المصباح المنير وجدناه يقول :

عقدت الحبل عقدا من باب ضرب فاعقد ، والعقدة ما يمسك ويوثقه . ومنه قيل عقدت البيع ونحوه ، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد ، وللتوكيد ، وعاهدته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته ، ومعقد الشيء مثل مجلس موضع عقده ، وعقدة النكاح وغيره لإحكامه وإبرامه ، والعقد بالسكسر القلادة والجمع عقود ، مثل حمل وحمول واعتقدت كذا عقدت عليه القلب والضمير حتى قيل العقدة ما يدين به الإنسان (٢) .

معنى العقود في أقوال المفسرين :

تناول المفسرون هذا حين تعرضوا لتفسير قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (٣) ونحن نذكر طرفا من أقوال بعضهم على سبيل المثال بالقدر

(١) لسان العرب / ج ٣ / ص ٢٩٧ .

(٢) المصباح المنير / ص ٥٧٥

(٣) سورة المائدة / ١

فإذا جئنا إلى الالوسى صاحب روح المعاني وجدناه هو الآخر يسير فى نفس الخط إذ يذكر الدلالة اللغوية لكلمتى الوفاء والعقود ، ثم يأخذ فى سرد ما حكاه الطبرى نقلاً عنه وتلخيصاً لما حكاه الطبرى ، ثم يقرر ما يراه فى تأويل هذه الآية فيقول : « واختار بعض المفسرين أن المراد بها يعم جميع ما ألزمه الله تعالى عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية ، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما بما يجب الوفاء به . ويحمل الأمر على مكان الطلب ندباً أو وجوباً ويدخل فى ذلك اجتناب المحرمات والمكروهات لأنه أوفق بعموم اللفظ إذ هو جمع محلى باللام وأوفى بالفائدة » (١)

أما أبو بكر الجصاص صاحب كتاب أحكام القرآن فيزيد الأمر وضوحاً حين يقول : « العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقده على غيره فعله على وجه إلزامه إياه لأن العقد إذا كان فى أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الإيمان والعقود عقود المبيعات ونحوها فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه ، وهذا إنما يتناول منه ما كان متظراً مراعى فى المستقبل من الاوقات ، فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد منهما (٢) قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به . . والشركة والمضاربة ونحوها تسمى أيضاً عقوداً لما وصفنا من قضاائه الوفاء بما شرطه كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفسه ، وكذلك العهد والإيمان لأن معطيهما قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذلك كل شرط شرطه لإنسان على نفسه فى شيء يفعله فى المستقبل فهو عقد » (٣) .

(١) روح المعاني / ج ٦ ص ٤٨

(٢) يقصد بقوله « منهما » طرفى العقد

(٣) أبو بكر الجصاص (٣٧٠ هـ) أحكام القرآن ج ٢ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥

طبعة ١٣٣٥ هـ .

المبحث الثالث

الضمان

* إذا كانت التشريعات الوضعية قد استحدثت من التفاصيل ما يقلل احتمال الخلاف بين الناس (ومن ذلك : قوانين الإجراءات) فإن الأصول التي قامت عليها العقود الشرعية قد جاءت كاملة وثابتة . . . ومنها يستقي رجال التشريع الوضعي .

* وعقود الضمان وغيرها . . دليل واضح على صحة ما نقول به ولقد سرنا في عرض هذا العقد ، في دوره ، بإيجاز ، على نهج السلف الصالح بوصفهم شيوخ الأجيال وأساتذتها . . فذكرنا طرفاً من المعاني اللغوية ثم الأحكام ، وفقاً لما ورد بكتب الفقه المعتمدة في المذاهب التكبري .

تمهيد للبحث في الضمان

الضمان في اللغة^(١)

جاء في لسان العرب

الضمين : الكفيل ، وضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا : كفله به — وضمنه إياه : كفله — وفلان ضامن وضمين وكافل وكفيل ... وفي الحديث : من مات في سبيل الله فهو ضامن على الله أن يدخل الجنة (أى ذر ضمان على الله).

ضمن الشيء : ضمانا كفله^(٢)

ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه مثل غرمته — ضمنه : أودع فيه وأحرز (هذا في لسان العرب ومثله في القاموس) وكل شيء أحرز فيه شيء فقد ضمنه .

المضامين : ما في بطون الحوامل — ضمن الشيء : بمعنى تضمنه . مضمون الكتاب كذا وكذا . (وفي الحديث : الإمام ضامن والمؤمن مؤتمن) أراد بالضمان هنا الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة لأنه يحفظ على القوم صلاتهم .

ضمنت الشيء أضمنه ضمانا : فأنا ضامن وهو ضمين

جاء في القاموس المحيط . . ضمان : رد مثل الشيء الهالك أو قيمته .

والضمان الحب ، ومضمون اسم .

وجاء في دائرة معارف القرن الرابع عشر هـ — العشرين م^(٣)

(١) ج ٥ ص ٢٥٦ طبعة بيروت .

(٢) القاموس المحيط ج ٤ ص ٢٤٠

(٣) دائرة المعارف — وجدى ج ٥ ص ٦٥ .

الضمان : يطلق اليوم ويراد به الكفالة فى القانون المصرى .

وضمنت المال وبه ضمانا فأنا ضامن وضمين : التزمته^(١) .

ويتعدى بالتضعف فيقال : ضمنته المال : ألزمته إياه . قال بعض الفقهاء :
الضمان مأخوذ من الضم وهو غلط من جهة الاشتقاق ، لأن نون الضمان أصلية
والضم ليس فيه نون فهما مادتان مختلفتان . وضمنت الشيء كذا : جعلته محتويا عليه
فتضمنه أى فاشتمل عليه واحتوى .

ومنه : ضمن الله أصلاب الفحول النسل فتضمنته وحوته ، ولهذا قيل الولد الذى
يولد مضمون ، وتضمن الغيث النبات أخرجه وأزكاه — انتهى عن المصباح .

الضمان في القرآن الكريم

لم يرد في القرآن الكريم مادة ضم ن — ولكن ورد فيه — كفل —
التي هي بمعنى ضمن والآيات هي :

١ — ذلك من أنباء الغيب نوحيه إليك ، وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم
أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون — ٣٤ آل عمران .

٢ — إذ تمشى أختك فتقول هل أدلكم على من يكفله فرجعناك إلى أمك كي
تقر عينها ولا تحزن — ٢٩ طه .

٣ — وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه
لكم وهم له ناصحون (١٢ — القصص) .

٤ — إن هذا أخى له تسع وتسعون نعجة ولي نعجة واحدة فقال أكفلنيها
وعزني في الخطاب (الآية ٢٣ من سورة ص) .

٥ — وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد
جعلتم الله عليكم كفيلا إن الله يعلم ما تفعلون (٦٠ النحل) .

الضمان فى الفقه الإسلامى

تعريف الضمان عند المالكية :

هو : التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره ، أو طالبه ممن عليه لمن هو له بما يدل عليه .

وأركانه خمسة : ضامن ، ومضمون ، ومضمون له ، ومضمون به ، وصيغة . . . وهذه الأركان تؤخذ بوضوح من التعريف فإن قوله : التزام مكلف هو الضامن . وقوله ديناً : هو المضمون به . وقوله ممن عليه : هو المضمون . وقوله لمن هو له : هو المضمون له . وقوله بما يدل عليه : هو الصيغة أى النص الذى يدل على الالتزام المذكور من صيغة لفظية كأننا ضامن ، أو غيرها كإشارة مفهومة أو كتابة .

أقسام الضمان ثلاثة :

١ — ضمان المال^(١) .

٢ — ضمان الوجه .

٣ — ضمان الطلب .

ضمان الوجه :

هو التزام الإتيان بالدين وقت الحاجة وهو وقت حلول الأجل فلا يصح إلا إذا كان على المضمون دين ولا يصح فى قصاص ونحوه كحد وتعزير . . . ويبرأ ضامن الوجه بتسليم المضمون إلى المضمون له فى مكان يقدر رب الدين على خلاصه من الدين فيه . أو بتسليم المضمون نفسه لرب الدين إن أمره الضامن بذلك .

ضمان الطلب :

هو التزام طلب الغريم والتفتيش عنه والدلالة عليه من غير إحضار ، ولا غرم على الضامن فيه إلا إذا فرط فى الإتيان به أو الدلالة عليه . . . ولهذا لم يصح ضمان

(١) ضمان المال هو المتصود ، ويتضح من الكلام عما يليه

الوجه في غير المال وصح ضمان غير المال في الطالب وإن كان في قصاص أو تعزير .

صيغته : إما بلفظ صريح ، وإما بصيغة ضمان الوجه مع شرط نفي المال : كأننا حميل (١) بطلبه ، أولا أضمن إلا الطالب .

مثال اشتراط نفي المال تصریحا : لا أضمن إلا وجهه .

هذا : والضامن لا يلزمه الطلب للمضمون إن جهل موضعه أو بعد .. وعليه الطلب بما يقرى عليه في البلد وما يقرب منه ، وإن وكل غرم ، ويغرم أيضا إن فرط في الإتيان به أو في الدلالة عليه .

الضمان عند الشافعية

الضمان لغة : الالتزام . وشرعا يقال للالتزام بحق ثابت (٢) في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونه ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك .. ويسمى الملتزم لذلك ضامنا وضمينا وحملا وزعيما وكافلا وكفيلا وصييرا ، قال الماوردي غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحمل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصير في الجميع ، وكالضمين فيما قاله الضامن ، وكالكفيل الكافل ، وكالصير القليل .

وقال بن حبان في صحيحه : والزعيم لغة أهل المدينة ، والحمل لغة أهل مصر . والكفيل لغة أهل العراق ، والأصل فيه قبل الإجماع قولة تعالى : سلمهم أيهم بذلك زعيم ، وقوله ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ، وكان حمل البعير معروفا عندهم .

أقسام الضمان :

الضمان على ثلاثة أقسام (٣) :

-
- (١) الحمل هو الكفيل ، وفي الحديث « الحمل غارم »
 - (٢) أسنى المطالب للانصارى ج ٢ ص ٢٣٥ فقه شافعي .
 - (٣) أسنى المطالب للانصارى ج ٢ ص ٢٤٠ فقه شافعي .

أولها : يتعلق بالذمة فقط

ثانيها : يتعلق بالذمة والعين كما إذا قال ضمنت دينك على أن أؤديه من هذه العين .

ثالثها : يتعلق بالعين فقط كما إذا قال ضمنت دينك في هذه العين .

أركان الضمان :

أركانه خمسة :

١ — المضمون عنه ولا يشترط رضاه فيصح الضمان عن الميت وكذا عن لم يعرفه الضامن ولو بعينه .

٢ — المضمون له — المستحق الدين — ومعرفة بأن يعرف الضامن عينه وهذا شرط لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً ولا يشترط رضاه ولو ضمن أو قضى شخص ديناً على رجل بإذن ، أزم رب الدين قبول المال الذي يؤديه له الشخص المذكور .

٣ — الضامن وشرطه : صحة العبارة ، وأهلية التبرع منه فلا يصح ضمان غير المكلف ولا المسكر والمجور عليه بسفه .

ويصح الضمان ممن حاز شرطه ولو بإشارة الآخرس المفهمة وكتابته عند القرينة المشعرة بذلك الضمان ، وتصح كتابة ناطق نوى بها الضمان .

٤ — الحق المضمون : ويشترط في صحة الضمان كونه ثابتاً لازماً معلوماً معيناً يصح التبرع به .

٥ — صيغة الالتزام : لتدل على الرضا لفظاً وكتابة وإشارة (للآخرس) .

ما يبطل الضمان :

١ — شرط الخيار للضامن .

(٢) التوقيت : كضمنت إلى رجب

(٣) التعليق بوقت أو غيره كقوله إذا جاء رجب أو إن لم يؤد المالك غدا فقد ضمننت .

(٤) شرط زيادة على المال ولا تحسب الزيادة من الدين كأن ضمن رجلاً بألف وشرط للمضمون له أن يعطيه كل شهر درهما لا يحسبه من الدين^(١).

بحث المضمونات :

المضمونات أنواع^(٢) :

١ — الغصب ٢ — الإتلاف بلا غصب . . . وسيتلو الباقي بفروعه

الغصب :

المثل في المثل والقيمة في المقوم لا أعلم فيه خلافا .

ما هو الغصب ؟ الغصب شرعاً أخذ مال مقوم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين .

حكمه : الإثم موجب : يجب على الغاصب رد المغصوب لو كان قائماً في مكان غصبه لتفاوت القيم باختلاف الأمكنة ، وأجرة الرد على الغاصب ، وإن كان هالكا ولو بأفة مماوية أو عجز عن رده بأن كان عبداً فأبق ونحوه ، فعليه مثله ولو كان مثلياً (كالمسكيل والموزون) وانقطع المثل فعليه قيمته أهـ .

النوع الثاني : الإتلاف بلا غصب وهو كذلك وخرج عنه صور :

١ — المثل الذي خرج مثله عن أن تكون له قيمة ، كمن غصب أو أتلف ماء في مفازة ثم اجتمعاً على شط نهر أو في بلد أو أتلف عليه في الصيف واجتماعاً

(١) شبهه الربا هنا واضحة (المؤلف)

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٥٦ .

في الشتاء فليس للمتلف بدل المثل بل يضمن قيمة المثل في مثل تلك المفازة أو في الصيف .

٢ — الحل ، أصبح الأوجه أنه يضمن مع صنعتته (١) بنقد أهل البلد وإن كان من جنسه ولا يلزم من ذلك الربا لأنه يجري في العقود لا في الغرامات .

٣ — الماشية إذا أتلّفها المالك كلها بعد الحول وقبل إخراج الزكاة فإن الفقراء شركاؤه ويلزمه حيوان آخر . لا قيمته .

٤ — طم الأرض كما جزم به الرافعي .

٥ — إذا هدم الحائط لزمه إعادته ، لا قيمته ، وبمثل ذلك قال صاحب مجمع الضمانات (٢) .

٦ — اللحم فإنه يضمن بالقيمة . صححه الرافعي في باب الأضحية وذكر صاحب مجمع الضمانات (٣) : رجل اشترى أضحية وأمر رجلا بذبحها وقال تركت التسمية عمداً .. ضمن الذابح قيمة الشاة .

٧ — الفاكية أنها مثلية والأصح أنها تضمن بالقيمة وبمثل ذلك قال أبو يوسف من الأحناف حيث رد هذا وأمثاله إلى العرف .

٨ — لو صار المتقوم مثليا بأن غصب رطباً وقلنا إنه متقوم فصار تماًراً وتلف .. فيها خلاف .

النوع الثالث :

المبيع : إذا تقابلا وهو تالف وفيه : المثل في المثل ، والقيمة في المتقوم جزم به الشيخان .

(١) هذا رأي حسن ، ذهب إليه ابن قيم الجوزية فهو يرى أن الزيادة من أجل « الصنعة » لا تحمل شبهة الربا وإن ترتب على ذلك قدر من التفاوت فيما بين الموزونات من المعادن مثلاً — ثم يقول ابن قيم الجوزية ما معناه : ولا بارت الصنائع وهلك الصناعات .

(٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٢٦ . (٣) مجمع الضمانات ص ٩

النوع الرابع ::

الثمن إذا تلف ، ورد المبيع بعيب أو غيره : فيه المثل في الشئ والقيمة
في المتقوم .

النوع الخامس ::

المقطة : إذا جاء بها مالها بعد التملك وهي تالفة : فيها المثل في الشئ والقيمة
في المتقوم . (١)

النوع السادس :

المبيع إذا تخالفا وفسخ وهو تالف :: أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه ،
بالمشهور وجوب المثل في المثل .

النوع السابع :

المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف :: أطلق الشيخان وجوب القيمة فيه .

النوع الثامن :

القرض : وفيه المثل في المثل وكذا في المتقوم على الأصح .. واستثنى الماوردي
شحو الجوهر والحنطة المختلطة بالشعير بضمان القيمة .

النوع التاسع :

العارية : أطلق الشيخان وجوب القيمة فيها فشمّل المتقوم والمثل .
العارية (٢) أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن المستعير عندنا ، خلافاً للشافعي .
ومحل الخلاف أن تهلك في غير حالة الانتفاع . أما لو هلكت في حالة الانتفاع
لم يضمن بالإجماع . ذكره في الحقائق .. واشترط الضمان على المستعير ،

(١) (١) الأشباه والنظائر ص ٣٥٨ .

(٢) (٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص ٥٥ .

مختلف فيه . فإذا قال لغيره : أعزني ثوبك فأنا ضامن له ، فلا ضمان عليه .. وهذا الشرط باطل ، وكذا الحكم في سائر الأمانات نحو الودائع وغيرها أ . ه .

النوع العاشر : ما أداء الضامن عن المضمون عنه ، حيث ثبت الرجوع فإن حكمه حكم القرض .

النوع الحادي عشر :

المعجل في الزكاة : إذا ثبت استرداده وهو تالف ففيه المثل أو القيمة وجاء في مجمع الضمانات ص ٧ إذا عجل الساعي الزكاة فدفعها إلى فقير فأيسر قبل تمام الحول أو مات أو أرتد جاز ولم يضمن عندها ، خلافاً للمالك والشافعي ، وهذا إذا لم يكن الدفع بسؤال المالك أو الفقير من الساعي ، فإن كان .. فالضمان على من سأل .

المضمونات أقسام :

١ — ما يضمن ضمان عقد قطعاً : وهو ماعين في صلب العقد من بيع وسلم وإجارة وصالح .

٢ — ما يضمن ضمان يد قطعاً كالعوارى والمغصوب ، أما العوارى ففيه خلاف الحنفية .. حيث لا ضمان إلا بالتعدي .

قاعدة (١) :

ما ضمن كله ضمن جزؤه بالإرث إلا في صور :

١ — المعجل في الزكاة .

٢ — الصداق الذي تعيب في يد الزوجة قبل الطلاق .

٣ — البيع إذا تعيب في يد البائع وأخذه المشتري ناقصاً .

٤ — إذا رجع فيما باع بإفلاس المشتري ورجله ناقصاً بأفة أو إتلاف البائع فلا إرث له .

٥ — القرض إذا تعيب ورجع فيه المقترض لا إرث له بل يأخذه ناقصاً .

أسباب الضمان

ذكر صاحب الأشباه أنها أربعة .. بينما ذكر صاحب القواعد أنها ثلاثة وهذا بيان كل :

أسباب الضمان ثلاثة (١) : عقد ، ويد ، وإتلاف (ابن رجب) .

الإتلاف : المراد به أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق ، أو ينصب سبب عدواناً فيحصل به الإتلاف كأن يحضر في ملكه عدواناً أو يوجب ناراً في يوم ريح عاصف فيتصدى إلى إتلاف مال الغير ، أو كان الماء محتبساً بشيء وعادته الإنطلاق فيزيل احتباسه وسواء كان له اختيار في انطلاقه أو لم يكن .. ودخل تحت ذلك ما إذا حل ركاه زق مائع فاندفق أو فتح عن طائر فطار الطائر أو حل عقداً فهرب أنه .

وللأحناف تمييز أدق فيما بين المباشرة والتسبب .. جاء في كتبهم (٢) :
المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً ، فمن التسبب بالتعدي : وضع شخص شيئاً على طريق للعامة فعثر به إنسان فسقط وهلك ذلك الشيء من غير قصد منه .. يضمن ، وهو الصحيح .

وضع زقا في الطريق فعثر به إنسان فشقه .. يضمن إن كان وضعه بعذر ، وإلا فلا .

المباشرة مع التسبب : لو شق زق غيره وفيه سمن جامد فأصابته الشمس فذاب .. اختلفوا فيه وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه لا يضمن ، ومرجع ذلك :

(١) القواعد لابن رجب ص ٤٠٤ قاعدة ٨٩٥ حنبلي .

(٢) مجمع الضمانات للبغدادى ص ١٤٦ وأيضاً مذكرة في أصول الفقه

للأحناف باب السبب ص ٢٦٠ (من مطبوعات جامعة الأزهر)

أنه توسط فيما بين شق الزق وذوبان السمن علة مؤثرة وهى حرارة الشمس ..
وكانت الحرارة علة فى الذوبان وانقلبت بذلك المباشرة السابقة (وضع الزق فى
الشمس) إلى سبب .. وهذا ما يسمى عند الحنفية «سبب شبيه بالعلة» وهذا الحكم
يضاف إلى العلة القوية القريبة .. لا إلى السبب .

أسباب الضمان عند اشافعية .. أربعة :

- ١ — العقد : كالبيع والتمن. المعين. قبل القبض. والسلم. والإجارة .
- ٢ — اليد ، مؤتمنة كانت أولا .. فثالث المؤتمنة .. الوديعة والشركة والوكالة
والمقارضة إذا حصل التعدى .
- واليد غير المؤتمنة : الغصب والسوم والعارية والشراء الفاسد .
- ٣ — الإتلاف : نفساً كان أو مالا .
- ٤ — الحيلولة : ما تؤخذ قيمته للحيلولة ومالا تؤخذ .
- (أ) إذا انتقل المغصوب إلى بلد آخر وأبقى .. فللمالك المطالبة بالقيمة فى
الحال للحيلولة قطعاً .. فإذا رده ردها .
- (ب) إذا حال بين من عليه القصاص ومستحق الدم .. لا تؤخذ قطعاً .
- (ح) إذا أقر بعين لزيد ثم بها لعمرى غرم له قيمتها فى الأصح لأنه
حال بينه وبينها .

الضمان بالتعدى :

جاء فى كتاب القواعد لابن رجب ما يلى :

من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه ، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمن .. ويخرج
على ذلك مسائل :

- ١ — لو ضال عليه حيوان أو إنسى أو بهيمة فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمن ،

ولو قتل حيواناً لغيره في مخصصه اُسْحِي به نفسه ضمنه .

وجاء في مجمع الضمانات تحت عنوان جناية البهيمة والجناية عليها ما يلي :

« رجل له كلب عقور كلما مر عليه شيء عضه فأتاهم القرية أن يقتلوه ولا ضمان ،
وجاء : ولو صال الجمل على إنسان فقتله المصول عليه دفعاً لشربه ضمن قيمته ونسب
ذلك إلى مؤلف الهداية .

ولو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره لينخفها ضمنه ، ولو سقط
عليه متاع غيره فخشي أن يهلكه فدفعه في الماء لم يضمه .

وجاء في حاشية ابن عابدين : إذا لم يكن رب المتاع أو وكيله في السفينة لم يضمن
بشرط ألا يتجاوز المعتاد ولا يعتمد العناد .

قاعدة ٢٧ لابن رجب : من أتلف نفساً أو أفسد عبادة لنفع يعود إلى نفسه
فلا ضمان عليه .. وإن كان النفع يعود إلى غيره فعليه الضمان ...

من ذلك : الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفاً على نفسيهما فلا فدية عليهما وإن
أفطرتا خوفاً على ولديهما فعليهما الفدية في المشهور .

ولو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمه .. ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمن — وفي
قول لاضمان عليه أيضاً .

عقود الأمانات

وما يضمن مما يندرج تحتها

عقود الأمانات .. هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا ؟

مذهب الحنابلة :

إن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي والأمانة المنضمة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح ويتخرج عليها مسائل .. منها : إذا تعدى في الوديعة بطلت ولم يحز له الإمساك ووجب الرد على الفور لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد يتجدد ولو كانت الأمانة حينئذ — شيئين — فتعدي في أحدهما .. فهل يصير ضامناً لهما أو لما وجد فيه التعدي خاصة ؟ يختلف فيه .

ومنها الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما :

المعروف من مذهب الحنابلة أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه .

ومنها الرهن إذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقي مضموناً عليه .

جاء في مجمع الضمانات ص ١١٤ بشأن الجناية على الرهن ما يلي :

جناية الراهن على الرهن مضمونة ونقل عن صاحب الوجيز قوله :

١ — ارتهن دابتين فقتلت إحداهما الأخرى .. ذهب من الدين بحسابها .

أما الوديعة فهي أمانة في يد المودع لديه، إذا هلكت لا يضمنها . وقال في الأشباه : الوديعة أمانة إلا إذا كانت بأجر فمضمونة « زيلعي » .

وجاء في مجمع الضمانات : إذا تعدى المودع لديه في الوديعة بأن كانت دابة فركبها

أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو شيئاً فافترشه .. أو أودعها غيره ثم زال التعدي ورجعها
إلى يده إلى الحالة الأولى برىء من الضمان إذا صدقه المالك في العود، وإن كذبه
لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاء . أ هـ .

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد :

كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده وكل عقد لا يجب
الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده .

فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد .

والأمانات : كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة .

وعقود التبرعات : كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة فكذلك مع الفساد ،
ومثلها الصدقة .

ومن عجل الزكاة ثم تلف المال : له الرجوع به وإذا تلف ضمن القابض لأنه القبض
وقع صحيحاً لكن مراعى فيه احتمال الفساد والبطلان .. فإن بقى النصاب تبيننا
أنه قبض زكاة وإن تلف تبيننا أنه لم يكن زكاة فيرجع فيها .. هذا وإذا ظهر أن
قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها فإنه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو
مفطر يقبض مالا يجوز له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد أ هـ .

الضمان بمجاوزة استعمال الحق (التعسف) أو بالانشغال ..

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه وتخليصه من ملك غيره
فإن لم يكن ممن دخل النقص عليه بتفريط باشتغال ملكه بملك غيره فالضمان على
من أدخل النقص .

وإن كان منه تفريط فلا ضمان على من أدخل النقص، وكذا إن وجد من دخل
النقص عليه إذن في تفريط ملكه من ملك غيره حين لا يجبر الآخر على التفريط ..
وإن وجد منه إذن في اشتغال ملكه بملك غيره حيث يجبر الآخر على التفريط ..
ومن ذلك :

١ — لو باع داراً فيها ناقة لم تخرج من الباب إلا بهدمه فإنه يضمن الهدم للمشتري .

٢ — لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع فحصدته فإن لم يبق له عروق أو كانت لا تضر فليس عليه نقلها .

وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر .

٣ — لو دخل حيوان غيره داره وتعذر إخراجه بدون هدم بعضها أو أدخلت بهيمة غيره رأسها في قدره أو وقع دينار غيره في محبرته وتعذر إخراجه بدون الكسر ولم يكن ذلك بتفريط أحد فهدمت الدار وكسرت القدر أو المحبرة فالضمان على صاحب الحيوان والدينار ، ومنها : لو غصب ثوباً فصبغه ثم طلب قلع صبغه فعليه نقص الثوب .

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه — ثلاثة :

١ — يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفى الضمان عمن يستولى عليه .

٢ — ويد لا يثبت لها الملك وينتفى عنها الضمان .

٣ — ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان .

الأولى : (أ) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب والعكس .

(ب) استيلاء الأب على مال الابن .

الثانية : من له ولاية شرعية بالقبض .

من قبض المال لحفظه على المالك .

الثالثة : يد العارية التي يترتب عليها الضمان هـ ابن رجب ص ٢٠٦ ، وجاء

في مجمع الضمانات ص (٥٥) :

العارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن أو هلكت في حالة الاتفاع...

وليس للمستعير أن يؤثر الشيء المعار فإن أجره فعطب ضمن المستعير ولا يرجع مالك العارية على المستأجر .

أما الإيداع : فقد اختلف مشايخ العراق فيه : فقليل يملكه وإليه مال برهان الدين وقال غيرهم لا يملك الإيداع . وهذا الاختلاف بينهم فيمن يملك الإعارة أما فيمن لا يملك الإعارة فإن لا يملك الإيداع .

ثم إن يد العارية إن كانت مقيدة بالوقت والانتفاع فليس له أن يتجاوز فيه ما سماه .. عملاً بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خير منه .. وإن كانت مقيدة بالانتفاع دون الوقت فليس له أن يتعدى إلى ما سواه .. وكذا لو قيد بمكان .

ضمان الأموال بالعقد واليد

يضمن بالعقد واليد الأموال المحضة المنقولة إذا وجد فيها النقل فأما غير المنقول فالمشهور عن الحنابلة أنه يضمن بالعقد أيضاً . ويضمن في عقود التملك بالاتفاق .

طلب وديعة فجحد وقال لم تودعني يسكون ضامناً وإن جحدتها لا في وجه المودع بأن قال له إنسان ماحال وديعة فلان عندك فجحد أو جحد في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال ما حال وديعتي عندك وجحد . قال شمس الأئمة . السرخسي فيه خلاف .

عن أبي يوسف وزفر : على قول زفر يسكون ضامناً ، لا على قول أبي يوسف . وذكر غيرهما : إذا جحد المودع الوديعة بحضرة صاحبه يسكون ذلك فسخاً للوديعة حتى لو نقلها المودع من الموضع التي كانت فيه حال الجحود ، يضمن ، وإن لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلك لا يضمن . (٨٧٠ ضمانات) .

هل يثبت الضمان مع ثبوت يد المالك

إن زال انتفاع المالك وسلطانه ثبت الضمان وإلا فلا .

١ — لو استأجر دابة إلى مسافة فزاد عليها أو لحمل شيء فزاد عليه وهي في يد المؤجر ، فنفقت ، فيها قولان :

يضمن لتعديده بالزيادة .. وسكوت المالك لا يمنع الضمان قياساً على من خرق ثوبه وهو لا يمنع .

٢ — لا يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى وإن تلفت بالحمل ففي تكميل الضمان عليه وجهان .

ويتوجب التفريق بين أن يكون قادراً على الامتناع أولاً يكون، كذلك يجب الضمان مع عدم القدرة كمن غصب دابة وأكره المالك على أن يحمل عليها متاعه فإن هذا زيادة عدوان فلا يسقط به الضمان .

الاجير المشترك : إذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها فلا ضمان .

ولو أودف المالك خلفه على الدابة فتلفت فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيراً أم لا لثبوت يد المالك عليها ؟ ذكر في التلخيص احتمالين . (٢٠٨ ابن رجب) .

وجاء في حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٩ :

إن ضمان الاجير المشترك ما تلف بيده مقيد بثلاث شروط :

١ — أن يكون في قدرته دفع ذلك : فلو غرقت السفينة بموج أو ريح أو صدمة جبل لا يضمن .

٢ — أن يكون محل العمل سلباً إليه بالتخلى فلو كان رب المتاع أو وكيله في السفينة فلا يضمن .

٣ — أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد . لذا فلا يضمن الآدمي .
يعنى إذا غرق أو أصابه ما أزهد روحه لأن الأرواح لا ضمان فيها هـ .

الأيدي الغاصبة من الغاصب مع عدم العلم بالحال ، ومنها :

١ — اليد الغاصبة يتعلق بها الضمان كأصلها ويستقر عليها مع التلف .
تحتها ولا يطالب بما زاد على مدتها — والضمان في الغصب : المثل في المثل والقيمة .
في المتقوم ولا أعلم فيه خلافاً . (٣٥٦ الأشباه والنظائر — شافعى) .

٢ — اليد الآخذة لمصلحة الدافع كالاستيداع والوكالة بغير جعل فالمشهور أن —
للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب لتغريه .

٣ — القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع كالشريك ، والمضارب ، والوكيل .
يجعل والمرتهن .. فالمشهور جواز تضمينها أيضاً ويرجع بما ضمت لدخولها .
على الأمانة

٤ — القابضة لمصلحتها خاصة : إما باستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة .
كالعارية فهي داخلة في الضمان في العين دون المنفعة . وإذا ضمنت العين والمنفعة .
رجعت على الغاصب بضمان المنفعة لأن ضمانها كان بتغريه .

وقيل لا يرجع قياساً على رجوع المغرر بالمر على من غره .
مسألة :

قبض مال الغير من يد قابضة بغير إذن مالكه :

إن كان يجوز له إقباضه فهو أمانة عند الثاني وإن كان الأول أميناً وإلا فلا .
وإن لم يك إقباضه جائزاً فالضمان عليها ويتفرع على ذلك ما يلي :

١ — مودع المودع : فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحد منهما .
وإن كان لا يجوز الإيداع فالضمان على الأول .

٢ — المستأجر من المستأجر : فإن كان حيث يجوز الإيجار بأن كان

لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان وإلا فلا يثبت الضمان عليها وقراره في العقد الأول .

٣ — وكيل الوكيل : حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب في الضمان .

٤ — المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع : إذا تلف المبيع في يده فلموكل تضمنين القيمة بمن شاء منها : من الوكيل والمشتري على المشهور .

ثم إن ضمن الوكيل رجع على المشتري لتعلقه في يده (٢١٦ قواعد ابن رجب) .

الظن في الملك هل يسقط الضمان

أو الأحكام المبينة على الظن

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له ، أو تصرف فيه وهو يظن لنفسه ولاية عليه ثم تبين خطأ ظنه .

فإن كان مستنداً إلى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ التسبب أو أقر بتعمده للخيانة ضمن التسبب .

وإن كان إلى اجتهاد مجرد : كمن دفع مالا تحت يده إلى من يظن أنه ملكه أو أنه يجب الدفع إليه ، أو أنه يجوز ذلك أو دفع ماله الذي يجب عليه إخراج له لحق الله إلى من يظن أنه مستحق ثم تبين الخطأ . . ففي ضمانه قولان .

وإن تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه . فإن تعلق به حكم فالضمان على التلّف وإلا فلا ضمان .

لو حكم ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور فإن الضمان يختص بهم لإغراقهم ولا ينتقص حكم الحاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له بشيء كما لو باع عينا أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فإنه لا يقبل إقراره ويضمن للثاني .

٢ — لو اشترى من الورثة عبداً من التركة ثم أعقبوه تنفيذاً لوصية

مورثهم بذلك ثم ظهر دين مستغرق فإنهم يضمنون للغرماء (قواعد ابن رجب ص ٢١٨) .

قاعدة :

تصرف الغير هل يسقط الضمان عن الأصل .

من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه غيره بغير إذنه :

هل تقع موقعه وينتفى الضمان عن المؤدى ؟ هذا على قسمين :

١ - أن تكون العين ملكا لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير .
فإن كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب ديناً .
وإن لم يكن له ولاية :

فإن كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزىء وإن لم تكن متميزة عن بقية ما له ضمن ولم يجزىء إلا أن يجيز المالك التصرف . لذا نقول بوقف عقود الفضولي على الإجازة ويتفرع على ذلك مسائل :

١ - لو امتنع عن وفاء دينه وله مال : فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرئ منه ولا ضمان .

٢ - لو امتنع عن أداء الزكاة فأخذها الإمام منه قهراً فإنها تجزىء عنه ظاهراً وباطناً على الصحيح .

٣ - ولي الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزىء كما يؤدي عنهما سائر اللواجبات المالية من النفقات .

(ابن رجب ص (٢٢٢) القواعد) .

المبحث الرابع

الوديعة

أهم ما نشير إليه بين يدي هذا العقد . . ما يلي :

* إذا كانت الوديعة من المثلثات . . فالتصرف فيها جائز مع الضمان . . هذا في زمن المعاملات الفردية المحدودة . . أما وقد تغيرت الحال وقامت منشآت متخصصة تشتغل بجمع الودائع وتسخيرها لتنفع المجتمع . . فتري أن التصرف في جانب من الودائع (النقدية مثلا) واجب . . جلبا للصالح . . وفي الصيرفة أصول تفرض الإبقاء على جانب من المال حاضرا . . ويقال لهذه القاعدة المرعية « التزام الحذر من حيث كفاية السيولة في كل وقت » .

• وفي ممارسة الأعمال المصرفية في زماننا هذا يتعين على المودع أن يحدد صمده . . بمعنى أن لا يأذن بالتصرف أو يأذن ويفوض . . فإن كانت الأولى فإن تصرف البنك تحت مسير ليته وحده . . وإن كانت الثانية أخذت الوديعة بحكم القراض الشرعي .

• ونرى ألا يرجع المصرف بشيء من الهدايا على أصحاب الودائع التي طلب أصحابها عدم المساس بها . . ولئن ذهب بعض الباحثين إلى إجازة هذا الأسلوب فإننا نرى أن شبهة الربا هنا قوية . . فلعل المودع الذي أودع وحبس إنما فعل ذلك وهو ناظر إلى الهدية المحتملة . . وهكذا يكون حريصا على احتمال الكسب . . رافضا للمشاركة في الخسائر إذا وقعت . . وهذا — عندنا — ربا جلي .

الوديعة في كتب اللغة

جاء في لسان العرب استودعه مالا وأودعه إياه دفعه إليه ليكون عنده وديعة . وأودعه : أى قبل منه الوديعة جاء به الكسائي في باب الأضداد قال الشاعر :

استودع العلم قرطاس فضيعه فبش مستودع العلم القراطيس

(٨ — عقود)

وقال أبو حاتم : لا أعرف أودعته قبلت وديعته وأسكره شمر « إلا أنه حكى عن بعضهم استودعنى فلان بغيراً فأبليت أن أودعه ، أى أقبله .

ويقال أودعت الرجل مالا واستودعته مالا .

والوديعة واحدة الودائع ، وهى ما استودع قال تعالى فى كتابه العزيز « فمستقر ومستودع » المستودع ما فى الأرحام واستعاره على رضى الله عنه للحكمة والحجة فقال : بهم يحفظ الله حججه حتى يودعوها نظراءهم ويزرعوها فى قلوب أشباههم .

وقال ابن مسعود فى قوله تعالى « (ويعلم مستقرها ومستودعها) » أى مستقرها فى الأرحام ومستودعها فى الأرض .

المستودع المكان الذى يجعل فيه الوديعة ، يقال استودعته وديعة أى استحفظته إياها (١) .

وجاء فى القاموس المحيط : الوديعة واحدة الودائع . والوديع العهد والجمع ودائع ، وودع الثوب بالثوب كوضع : صانه . . وأودعته مالا دفعته إليه ليسكون عنده وديعة ، وأودعته أيضاً قبلت ما أودعته . . واستودعته وديعة استحفظته إياها ، وتوادعا : تصالحا . (٢)

وفى معجم مقاييس اللغة لابن فارس يستعرض الجذر الثلاثى للسكبة ويتكلم عنه فى عمومها فيقول : (ودع) الواو والdal والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلى — ودعه : تركه . ومنه دع .

الوديعة فى مفهوم المفسرين :

جدير بالذكر أن المفسرين تناولوا الوديعة بالذكر أو الشرح والتفصيل حين فسرُوا قوله تعالى : (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً) .

(١) لسان العرب ج ٨ ص ٣٨٦ — ٣٨٩ .

(٢) القاموس المحيط ج ٣ ص ١٩٥ .

(٣) سورة النساء آية ٥٨ .

فأبو بكر الجصاص صاحب أحكام القرآن يذكر عند تفسيره لهذه الآية أنه اختلف في المأمورين بأداء الأمانة في هذه الآية إذ ذهب بعض المفسرين إلى أنهم ولاية الأمر كما ذهب بعضهم إلى أنها خاصة في عثمان بن طلحة أمر بأن ترد إليه مفاتيح الكعبة ، كما ذهب بعضهم ومنهم ابن عباس إلى أنها في كل مؤتمن على شيء وهذا أولى لأن قوله تعالى (إن الله يأمركم) خطاب يقتضي عمومهم سائر المكلفين .

قال أبو بكر : ما أؤتمن عليه الإنسان فهو أمانة فعلى المؤتمن عليها ردها إلى صاحبها ، فمن الأمانات الودائع ، وعلى مودعيها ردها إلى من أودعها إياها ولا خلاف بين فقهاء الأمصار أنه لا ضمان على المودع فيها إن هلك .

ويذكر الجصاص أن هذا ما لم يتعد فيها المودع ، ويذكر أنه روى عن عمر أنه ضمن أنس وديعة ضاعت من عنده ، ويسوغ هذا بقوله : لجائز أن يكون المودع لديه اعترف بفعل يوجب الضمان عنده ، فلذلك ضمنه (١) وأما القرطبي والمالكي ، فيقول عن هذه الآية : فهذه الآية من أمهات الأحكام متضمنة لجميع الدين والشرع .

الوديعة في الحديث الشريف :

من الأحاديث التي رويت في هذا الباب ما يلي :

١ — عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا ضمان على مؤتمن ، رواه الدارقطني . »

وفي تحقيق سند هذا الحديث قال عنه الحافظ : في إسناده ضعف وأخرجه الدارقطني عن طريق أخرى عنه بلفظ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » وقال إنما نروى هذا عن شريح غير مرفوع قال الحافظ : وفي إسناده ضعف .

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٠٧ . الجصاص حنفي المذهب

مجتهد فيه .

وهذا الحديث يدل على عدم ضمان من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديعة والمستعير ، أما الوديعة فلا يضمن إجماعاً إلا للجناية منه عليه .. والوجه في تضمينه للجناية أنه صار بها خائناً والخائن ضامن « ولا على المستودع غير المغل ضمان » والمغل هو الخائن ،

وكذلك التعدي يجعله يضمن الوديعة لأنه نوع من الخيانة وأما إذا هلك من غير تعد ولا تفريط في حفظها فلا ضمان عليه واستدل على ذلك بما تقدم من قول النبي ﷺ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » ويقول النبي « لا ضمان على مؤتمن » واستدل أيضاً بما أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وفي إسناد هذا الحديث المشي بن الصباح وهو متروك ، وقد حسنه الترمذي (١) .

٢ — وعن الحسن بن سمرة عن النبي ﷺ قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه الخمسة إلا النسائي .. زاد أبو داود والترمذي : وقال قتادة (ثم نسي الحسن) يقال « هو أمينك لا ضمان عليه يعني العارية »

والحديث صحيحه الحاكم وسماه الحسن بن سمرة فيه خلاف مشهور وفيه دليل على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره بإعارة أو إيداع أو إجارة أو غير ذلك حتى يرده إلى مالكه ، وبهذا الحديث استدل من قال بأن الوديعة والمستعير ضامنان .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى ترده ، فالمراد أنه في ضمانها كما يشعر لفظ (على) من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ ، ولا نزاع في أن ذلك موجب للضمان وإنما النزاع في تلف لا يصير به الأمين خارجاً عن كونه أميناً مثل التلف بأمر لا يطاق دفعه أو بسبب سهر أو نسيان أو بآفة سماوية أو سرقة أو ضياع بلا تفريط ، فإن التلف موجود في هذه الأمور مع بقاء

الأمانة . . وظاهر الحديث يقتضى الضمان وهذا يخالف لما أسلفنا (١)

٣ — عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:
من أودع وديعة فليس عليه ضمان « أخرجه ابن ماجة ،

وسنده ضعيف إذ فيه المثنى بن صباح وهو متروك . . وأخرجه الدارقطني بلفظ:
« ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان » .

الوديعة في الفقه الإسلامى :

تحدث الفقهاء فى كل ما يتصل بالوديعة منطلقين من أنها مشروعة فى الكتاب
والسنة والإجماع ، وأدلتهم :

١ — فمن الكتاب قوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها »
(الآية) وقوله تعالى « فإن أمن بعضهم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته »

٢ — ومن السنة « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وتصرف
الرسول حين أراد الهجرة برد الأمانات إلى أهلها ، وغير هذا من الأحاديث التى
مرت .

٣ — وإجماع العلماء فى كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع ، والعبرة
تقتضيها ، فإن بالناس إليها حاجة إذ يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم (٢)
ومن هذا المنطلق كان تعريفها فى اصطلاحهم : « الإيداع تسليط الغير على حفظ
أماله ، والوديعة ما يترك عند الأمين » (٣) .

وصفتها أمانة فيها وجوب الحفظ والأداء عند الطلب (٤) .

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٣١٣ (النساء ٥٨) ، (البقرة ٢٨٣)

(٢) المغنى : ابن قدامة ج ٦ ص ٣٨٢ طبعة المنار .

(٣) ابن عابدين : حاشية ج ٤ ص ٥٥٠ .

(٤) نفس المراجع والصفحة .

حكمها: عقد جائز بين الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها،
وليس على المستودع ضمان إذا أتلفت إلا لخیانة أو تفريط فتضمن (١) ،

ركنها : الإيجاب صريحاً أو كناية أو فعلاً ، والقبول من المودع صريحاً
أو دلالة (٢) .

وفي المجمع : الوديعة تقع تارة بالإيجاب والقبول صريحاً كقوله أودعك وقبل.
الآخر.. وتم بالإيجاب وحده في حق الأمانة لا في حق وجوب الحفظ عليه حتى.
لو قال للغاصب أودعك. المصروب برىء من الضمان وإن لم يقبل .. حتى لو هلك.
لم يضمن .. وتارة تقع بالكتابة وتارة تقع دلالة فلو جاء رجل بثوب إلى رجل ووضع
بين يديه وقال هذا وديعة عندك وسكت. الآخر صار مودعاً فلو ذهب صاحب الثوب.
ثم ذهب الآخر بعده وترك الثوب وضاع الثوب كان ضامناً لأن هذا قبول منه.
للوديعة عرفاً ، وكذا لو وضع صاحب الثوب ثوبه بين يديه ولم يقبل له شيئاً
والمسألة بحالها ، كان ضامناً أيضاً لأن هذا إيداع عرفاً (٣) .

شروطها : ذكر الفقهاء في شروطها شروطاً للعمال من قابليته لوضع اليد عليه .. على.
عكس الطير في الهراء (٤) ومن إثبات اليد عليه عند الاستحفاظ (٥) كما ذكرنا أن.
شروط المتعاقدين هي شروط كل موكل ووكيل (٦) .

هذه هي التحديدات الدقيقة لمعالم هذا العقد من عقود المعاملات. حذا وصفه.

(١) المغنى : ج ٦ — ٣٨٢ .

(٢) خرشي على مختصر خليل ج ٦ ص ١٢٥ ..

(٣) ابن عابدين : ٤ : ٥٥٠ .

(٤) مجمع الضمانات ص ٦٨ .

(٥) ابن عابدين ج ١ ص ٥٥٠ .

(٦) تبين الحقائق ج ٥ ص ٧٦ ..

وشروطاً وحكماً ، وفي جميع هذا كان تركيزهم على أنها أمانة تحفظ وتصلان .
وتؤدي عند الطلب مراعاة لأمر الله في الأمانات (١) .

لكن الفقهاء تناولوا الصور التي تكون عند التطبيق لهذا التشريع فتكلموا في
خلطها بغيرها من أموال المستودع وفصلوا القول في هذا كما تكلموا في الإنفاق
على الوديعة وكرائتها ، وغير هذا مما تقتضيه بالضرورة محاولة الإحاطة بجوانب هذا
الموضوع .. وما هي بعض نقاط بحثهم في هذا العدد .

خلط الوديعة :

الأمل أن تكون الوديعة متميزة منعزلة عن مال المستودع — غير أنه قد
يحدث الخلط وهنا يتوقف الحكم بالضمان أو عدمه على من فعل الخلط ، ونوعية
الخلط وظروفه .

فلو أن الكيس المحفوظ به الوديعة انشق واختلطت الوديعة بدراهم المستودع
فلا ضمان عليه لعدم فعله شيئاً يوجب الضمان ، ويكون المختلط مشتركاً بينهما
بقدر ملكهما ، فإذا هلك بعثته هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر
ما كان لكل منهما ، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في أن يحسب الهالك
من نصيبه ، إذ الأصل في المال المشترك إذا هلك شيء منه ، أن ما هلك على
الشركة وما بقي للشركة .

أما إذا فعل هذا الخلط من هو في عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك
أجنبي بإذنه فالمستودع أيضاً لا ضمان عليه إذا لم يفعل شيئاً من الخلط ، وفعل من
فعل كفعل المودع نفسه (٢) .

(١) نهاية المحتاج / الشافعي الصغير ج ٦ ص ١١٥

(٢) المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١١٠ .

لكن متى يضمن المستودع بخلطه ؟

أنواع الخلط :

تنظر إلى نوع الخلط فإن كان خلطاً يتعذر معه التمييز كخلط الشيء بجنسه فهذا يوجب الضمان لتعذر وصول المالك إلى ملكه ، وإن كان خلطاً يتعسر معه التمييز كخلط خنطة بشعر مثلاً فهذا يوجب الضمان أيضاً إذ الوصول هنا للمال مشروط بحرج بائع والمتعسر كالمعتذر كما هو معروف في الغصب (١) .

أما إذا كان خلطاً يتيسر معه التمييز فلا ضمان ، كخلط الأبيض بالأسود والدرهم بالدنانير .

ولصاحب المغنى وهو يوضح رأى الحنابلة كلام جليل في هذا يتلخص في أن الضمان إنما يكون على المستودع إذا خلط الوديعة بما لا يتميز أو لم يحفظها أو أودعها غيره .

ويستوى في خلطه هذا أن يكون المال المخلوط بالوديعة ماله أو مال غيره وأن يكون مماثلاً أو أجود أو أقل ، ويتفق مع الحنفية والشافعية في هذا الرأى . ويحكى ابن قدامة عن ابن القاسم أنه إذا خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن ، ويحكى عن مالك أنه يرى أن لا ضمان إلا إذا كان دونها ، لأنه لا يمكن ردها إلا ناقصة (٢) .

وهكذا نرى أن الخلط إذا كان بفعل صاحب المال أو بإذنه فإن المستودع لا يضمن . ولو كان الخلط دون تفريط من المستودع ، أو كان منه وتيسر التمييز وسهل فلا ضمان أيضاً حيث لا ضرر ولا عنت يتسكفه صاحب المال .

وفي مجال التطبيقات والصور على هذه القواعد التي أسلفناها تمتلئ كتب الفقه فتعدد صور التطبيق على كل قاعدة منحت : متى يضمن ومتى لا يضمن ومتى يصير

(١) المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ١١١ .

(٢) المغنى ج ٦ ص ٣٨٤ .

الخلط شركة بينهما إلى غير هذه الصور (١) ومن ذلك : قال قاضي خان : والوديعة إذا كانت دراهم أو دنانير أو شيئاً مما يسكال أو يوزن فأنفق المودع طائفة منها ضمن ما أنفق ولا يضمن الباقي إن هلك ، فإن جاء المودع بمثل ما أنفقه فخلطه بالباقي كان ضامناً للكل لأن ما جاء به ماله فصار خالطاً ماله بالوديعة .

ولو خلط دراهم كيسين للمودع ولم يتميزا وقد أودعها غير محتومين ضمن تلك الدراهم في الأصح لتعديده ، والثاني لا يضمن لأن كلا للمالك واحد . أما لو كانا محتومين أو أحدهما فيضمن بالفض وإن لم يخلط كفتح الصندوق المقفل بخلاف حل خيط يشد به رأس الكيس أو رزمة القماش لأن القصد هنا منع الانتشار لا كتمه عنه (٢) .

التعدي بالاستعمال للوديعة :

إذا تعدى فلبس الثوب أو ركب الدابة أو أخذ الوديعة يستعملها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة هل يضمن أم يبرأ من الضمان ؟

قال أبو حنيفة : يبرأ لأنه ممسك لها بإذن مالِكها فأشبه ما قبل التعدي .
وقال الشافعي : لا يبرأ من الضمان .

وقال ابن قدامة : ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان (٣) .

وجاء في مختصر خليل (٤) أنه يضمنها إذا انتفع بها بغير إذن ربها فهلكت ،

(١) أنظر مغنى المحتاج ج ٣ ص ٨٩ .

وخرشى على مختصر خليل ج ٦ ص ١٢٦ .

ومجمع الضمانات للبغدادى ص ٨٣ .

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للشافعي الصغير ج ٦ ص ١٢٨ .

(٣) المغنى / ج ٦ / ٤٠١

(٤) خرشى على مختصر خليل / ٦ / ١٢٧

وكذلك يضمن الوديعة إذا سافر بها وهو قادر على أن يتركها عند أمين ، فإذا هلكت ضمنها ، أما إذا لم يقدر على تركها عند أمين وخاف عليها إن تركها فإنه لا ضمان عليه إذا تلفت في صحبته في السفر .

وإذا كانت الوديعة مقومة يحرم على المودع أن يتسلفها بغير إذن إربها لاختلاف الأغراض في المقوم وسواء أكان المودع مالياً أم معدماً ، لأن ربهما يتضرر بعدم الوفاء حينئذ (أى في حالة كون المودع معدماً) .

ويكره للمودع التجارة بالوديعة على أى صورة كانت الوديعة .

وإذا تاجر المودع في الوديعة فربح فما حكم هذا الربح ؟

يقول ابن رشد : واختلفوا في هذا الباب في فرع مشهور وهو : فمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر به فربح فيه .. فهل ذلك الربح حلال له أم لا ؟

قال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة : إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصباً للمال فضلاً عن أن يسكون مستودعاً عنده ، وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن : يؤدي الأصل ويتصدق بالربح . وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح . وقال قوم : هو مخير بين الأصل والربح . وقال قوم : البيع الواقع في تلك التجارة فاسد .

فمن اعتبر التصرف قال : الربح للتصرف ، ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال .

ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفها أبو موسى الأشعري من بيت المال فاتجرا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته قراضاً ؟ فأجاب إلى ذلك .. لأنه قد روى أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وأن ذلك عدل .

الإِنْفَاقُ عَلَى الْوَدِيعَةِ :

وإذا كانت الوديعة بما ينفق عليه كالبهيمة مثلاً ، فإن الفقهاء قالوا : لو أعطاهما صاحبها وأمر المستودع أن يعلفها ويسقيها فإن هذا يلزمه حرمة صاحبها حيث أخذها منه على ذلك ، ثم لحرمتها كحيوان ، على أن بعض الفقهاء قالوا إنه لا يلزمه هذا بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة .

ونفس الخلاف حول ما إذا أعطاه البهيمة دون أن يقول له شيئاً ، فأبو حنيفة يرى أنه لا يلزمه علفها وسقيها إذ هذا على المالك ، وإذا لم يفعل فهو المفرط — أما الشافعي فيرى أن هذا يلزمه — والحنابلة يرون التفصيل في الأمر ، فليس يجوز إتلافها ولا التفريط فيها ، فأمره بحفظها يتضمن علفها وسقيها ولكن يفعل هذا ثم يرجع إلى صاحب المال أو وكيله يطالب بالإِنْفَاق أو رد الوديعة ، وإن لم يتمكن من صاحب المال أو وكيله رفع الأمر إلى الحاكم الذي يفعل ما هو خير لصاحبها فإن وجد له مالا أنفق منه أو أمر المستودع بفعل ما هو خير لصاحبها من إجارة أو بيع لجميعها أو بعضها ، على أن صاحب الميسر يرى أنه إذا أنفق على البهيمة وصاحبها غائب من غير إذن القاضي فهو تطوع منه لا يرجع به على صاحبها .

أما إذا قال صاحبها لا تسقها ولا تعلقها فهل ينفذ هذا ، وإذا نفذه وتلفت هل يضمن ؟ .

قال بعضهم لا ينفذ هذا الأمر لحرمة الحيوان ، لكن إذا تركها وتلفت لم يضمن — هذا قول عامة أصحاب الشافعي ، وبعض أصحابه قالوا يضمن لأنه تعدى بتركها بدون علف على حين أن الحنابلة يرون أنه لا ضمان عليه إذ لا تعدى .. هو منفذ لأمر صاحبها كما لو قال له اقتلها فقتلها (١) ، وطبيعي أنه إذا أنفق عليها بأمر صاحبها أو بأمر القاضي كان ما ينفقه ديناله على صاحبها .

نتاج الوديعة :

إذا اجتمع له من ثمار الوديعة أو نتاجها شيء يخاف على فساد فبإبعاده دون الرجوع إلى القاضى ، فهل يضمن أو لا يضمن ؟

قيل إنه يضمن إذا لم يرجع إلى القاضى وكان فى وسعه أن يرجع إليه .. إذ القاضى هنا كصاحب المال (الغائب) ، وأما إذا خاف على فساد هذا الإنتاج لو رجع إلى القاضى فلا يضمن استحساناً لأن تصرفه هذا نوع من الحفظ ثم لم يكن بوسعه إلا أن يأتى ما فعل (١) .

ويتصل بهذا ما لو حمل عليها المستودع فتحت ولم يكن صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها ، أما إذا هلكت الأمهات بذلك فالمستودع ضامن لها لأنه مخالف حين أتى بغير ما أمر به فيضمن بسببه .

كراء الوديعة .

رأى بعض الفقهاء أنه لو أكرأها كان الكراء له ، إذ ليست الغلة كالولد الذى يملك بملك الأصل ، بل الغلة غير متولدة من الأصل وهو واجب بالعقد وليس له نظير فى الغصب حيث يكون للعاقدة (٢) .

وجاء فى كتاب « خرشى » : وإن أكرأها لمسكة ، مثلاً ، ورجعت بحالها مثل ما كانت عليه يوم الإيداع إلا أنه حبسها عن أسواقها بأن كانت زمن غيبتها غالية ، فلو أنها أن يأخذ قيمتها يوم كرائها لأنه يوم التعدى ولا كراء له ، وله أن يأخذ الكراء والدابة ، وكذلك الحكم فى المستعير (٣) .

(١) المبسوط للسرخسى ج ١ ص ١٢٦ .

(٢) المبسوط للسرخسى ج ١ ص ١٢٧ .

(٣) خرشى ج ٦ ص ١٣٣ .

أخذ الحق من الوديعة :

إذا كان للمستودع حق عند صاحب الوديعة فهل يجوز له أن يأخذه من الوديعة التي أصبحت في يده أم لا ؟

بعض الفقهاء رأى جواز أخذه حقه من الوديعة لأنه صاحب حق وله أن يأخذ حقه متى ظهر بجنس حقه من مال المدين ، والأصل فيه قوله ﷺ لهند : خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف (١) .

في حين رأى بعضهم عدم جواز أخذ حقه من الوديعة لعدم الحديث «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» ورد على هؤلاء بقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » وبأن الحديث ضعيف ويجوز معنى « لا تخن » أى لا تأخذ أكثر من حقلك .. أما من أخذ حقه فليس بخائن (٢) .

لمن يدفع المودع الوديعة للحفاظ ؟

للمودع أن يدفعها إلى الأمانة من عياله وزوجته وأجيرته الذى بغير المياومة وكل هؤلاء مشروط فيهم الأمانة وإلا فلو أعطاهما إلى زوجته وهو يعلم أنها غير أمينة .. ضمن ، أما من يأتئنه منهم ومن فى حكمه كشريكه وعبد المأذون فهو لا يضمن بإعطائها (٣) ..

والأصل أن المودع مصدق فى دعوى ما يوجب براءته من الضمان لأنه أمين . والأمين غير ضامن إلا إذا أقر بما يوجب الضمان ، وهو أخذ مال الغير ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن فلا يصدق إلا بحجة (٤) .

(١) خرشي : ج ٦ ص ١٢٣ .

(٢) نفس المرجع : والصفحة .

(٣) مجمع الضمانات ص ١٧ .

(٤) نفس المرجع ص ٨٩ :

الوديعة بعد موت المودع المدين :

فإذا مات المودع المدين وعنده وديعة وبضاعة ومضاربة فإن لهذا حالات :
إن عرفت الوديعة بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء . لأن صاحب الحق ،
عزم الغرماء ، تعاقب حقهم بعد موت المدين بماله دون مال سائر الناس .

٢ — وإن لم تعرف الودائع بأعيانها ففي المسألة خلاف إذ يرى بعض الفقهاء
أن المال يقسم بينهم بالحصص ؛ وهنا يعامل أصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة
معاملة الغرماء في حين يرى بعضهم أن الغرماء أحق بجميع التركة . (١)

وعلى ضوء هذا العرض الموجز لآراء الفقهاء في الوديعة تأصيلاً للقواعد وتفريعاً
عليها ، يمكن القول : إن فقهاءنا استوعبوا كل جوانب هذا النوع من المعاملات
الإسلامية .. وهذا يجعل آثارهم العلمية جديرة بالدراسة الفاحصة والرقفات المستأنية
أمام نصوصهم وتقسيماهم وحتى تفريعاتهم .. وإن بدا في بعضها طابع الافتراض
وبعد التصور .. وما أحوجنا ونحن نطل على العقود في الإسلام إلى مزيد من التعامل
مع هذه المعالم التراثية الخالدة ونريد بذلك « كتب الفقه الإسلامي » .

المبحث الخامس

الأمن

قضية التأمين — عندنا — واضحة كل الوضوح .. وهذا رأينا في كلمات :
— الأمن مطلب فطرى .. وطالب الأمن ما تعدى .

— لا يجوز البحث في الحل والحرمة ، من حيث طلب الأمن والحرص عليه
ولأنما يكون البحث في أمور أخرى .. هي : من الذى يقوم بكفالة الأمن للناس ،
وهل يجوز تحقيق ربح من القيام بهذه الوظيفة ؟

— للأمن مجالات ثلاثة ، يانها : أمن داخل البلاد تتولاه الشرطة وما في
حكمها . وأمن على الحدود تتولاه الأسلحة التقليدية وكل مستحدث في شئون السكر
والفر .. برأ وجواً وبحراً — وأمن على الأسرة .. من لحظة تكوينها إلى مراحل
نموها إلى انقضائها بفسخ العقد أو بالموت .. وفي هذه الميادين كلها .. تنشط
الدولة .. والدولة وحدها .

— التأمين التبادلى ، جائز فى غير ما تقدم بيانه من ميادين الوظيفة العامة .. أى
وظيفة التأمين عندما تباشرها الدولة .

— يجب استبعاد « جهاز الثمن » من مباشرة التأمين .. يستوى فى ذلك أن
يكون المؤمن هو الدولة .. أم جماعة متعاونة فيما بينها .

مادة « أمن » فى كتب اللغة

أمن : أصل الأمن طمأنينة النفس وزوال الخوف (١) . والأصل أن يستعمل
فى سكور القلب (٢) . والأمن ضد الخوف وفى التنزيل : (وآمنهم من خوف)
قال الزجاج : وفى حديث نزول المسيح (عليه السلام) تقع الأمانة فى الأرض

(١) المفردات فى غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ٢٥ .

(٢) المصباح المنير ج ١ ص ٤٢ .

أنى الآمن يريد أن الأرض تمتلئ بالآمن فلا يخاف أحد من الناس والحيوان (١) ،
وفى التنزيل .. وإذا جعلنا البيت مثابة للناس وأمنة (٢) .

قال أبو إسحق : أراد إذا آمن فهو آمن وأمين وفى التنزيل أيضاً وهذا البلد
الأمين (٣) . أى الآمن يعنى مكة وهو من الآمن ، وقال تعالى : « إن المتقين فى
مقام أمين » (٤) . أى قد آمنوا فيه الغير وأنت آمن أى فى آمن ، وأمن البلد أطمأن
به أهله فهو آمن وأمين (٥) . ورجل أمين وأمان أى له دين ، والتاجر الأمين هو
ذوالدين والفضل .

(أمن) أمناً وأماناً وأمانة وأمنة : اطمأن ولم يخف فهو آمن وأمن وأمين
يقال : لك الأمان : أى قد أمنتك . وأمن البلد .. اطمأن فيه أهله . وأمن الشر :
سلم . وأمن فلان على كذا وثق فيه واطمأن إليه أو جعله أميناً عليه . قال تعالى :
« هل أمنتكم عليه إلا كما أمنتكم على أخيه من قبل » (٦) .

والإيمان ضد الكفر . والإيمان بمعنى التصديق وضده التكذيب (٧) . وأمن
أيماناً صار ذا أمن .. وآمن به .. وثق به وصدق ، وفى القرآن .. وما أنت
بؤمن لنا (٨) . أى لست بمصدق (٩) .

والآمن والأمانة والأمان فى الأصل مصادر ، ويجعل الأمان تارة اسماً للحالة
التي يكون عليها الإنسان فى الآمن ، وتارة اسماً لما يؤمن عليه الإنسان نحو قوله
تعالى .. « وتخونوا أماناتكم » (١٠) . أى ما أتمننم عليه ، وقوله تعالى .. « إننا عرضنا
الأمانة على السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها
الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً » (١١) . « قيل هى كلمة التوحيد وقيل العدالة .. »

-
- | | |
|--------------------------------|------------------------------|
| (١) لسان العرب / ١٦ / ص ١٦ . | (٢) البقرة / ١٢٥ . |
| (٣) سورة النين / ٣ . | (٤) الدخان / ٥١ . |
| (٥) المصباح المير / ١ / ٤١ . | (٦) سورة يوسف / ٧٤ . |
| وانظر المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٧ . | (٧) لسان العرب ج ١٦ ص ١٦٧ . |
| (٨) سورة يوسف / ١٧ : | (٩) المعجم الوسيط ج ١ ص ٢٨ . |
| (١٠) سورة الأنفال / ٢٧ . | (١١) سورة الأحزاب / ٧٢ . |

وقيل العقل وهو صحيح فإن العقل هو الذى بحصوله يتم تعلم كل ما فى إيطوق
البشر تعلمه وبه فضل الإنسان على كثير من خلق (١) .

وقد يكون معنى الأمانة فى هذه الآية .. الفرائض المفروضة — أو النية التى
يعتقدها فيما يظهره من الإيمان ويؤديه من جميع الفرائض (٢) .

وأعطيته من أمن مالى : أى من خالصه وشريفة . وما أحسن أمنك : أى دينك
وخلقك (٣) :

وَأَمِنَ عَلَى الشَّيْءِ : دفع مالا منجما لينال هو أو ورثته قدراً من المال متفقاً
عليه أو تعويضاً عما فقد يقال أمن على حياته أو على داره أو على سيارته (وهى
كلمة محدثة) (٤) .

وَأَسْتَأْمِنُ إِلَيْهِ : استجاره وطلب حمايته ويقال استأمن الحربى أى استجار ودخل
دار السلام مستأمناً .. والأمين من يتولى رقابة الشئ .

وأما دليل أن الإيمان هو الصدق فهو فى قوله تعالى .. إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا
بِالله ورسوله ثم لم يرتابوا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله أولئك
هم الصادقون (٥) .

قال الزجاج : صفة المؤمن أن يكون راجياً ثوابه خاشعاً عقابه .

وفى حديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المؤمن من أمنه الناس على
أموالهم وأنفسهم « رواه ابن ماجه وهو صحيح . » والمسلم من سلم المسلمون من
لسانه ويده ، والمهاجر من هجر ما نهى الله عنه والذى نفسى بيده لا يدخل الجنة
من لا يأمن جاره بوائقه « رواه أحمد فى مسنده » .

وفى حديث عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن المؤمن فقال ..
« مؤمن من أتمنه الناس على أموالهم وأنفسهم رواه ابن ماجه فى سننه . »

(١) المفردات فى غريب القرآن/ص ٢٥ (٢) القاموس المحيط ج ١

(٢) نفس الرجوع . (٤) المعجم الوسيط ٢٧/١ ، ٢٨

(٥) الحجرات/١٥ .

قال : ابن الأثير في اسم الله (المؤمن) هو الذي يصدق عباده وعده فهو من الإيمان والتصديق ، أو يؤمنهم في القيامة من عذابه فهو من الأمان ضد الخوف . قال ثعلب في الحديث الذي رواه جابر .. « ما آمن بي من بات شبعانا وجاره جائع ينجبه وهو يعلم به » (رواه الطبراني والبيهقي) معناه ما آمن بي شديد الإيمان . أى ينبغي له أن يواسيه (١) .

وهكذا نجد كتب اللغة في مجموعها تعتمد في تفسير مدلول مادة « أمن » على نصوص قرآنية وأحاديث نبوية جاءت بها المادة أو تعريفاتها المستعملة قديماً وحديثاً .

التعريف بالتأمين

تناول الباحثون عقد التأمين بالتعريف ، وجاءت تعريفاتهم وفقاً لنظرتهم إلى التأمين وهذه بعض التعريفات :

رأى الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا .

التعريف بنظام التأمين وعقده :

يمر علماء القانون بين نظام التأمين باعتباره فكرة وطريقة ذات أثر اقتصادي واجتماعي ترتكز على نظرية عامة ذات قواعد فنية وبين عقد التأمين باعتباره تصرفاً قانونياً ينشئ حقوقاً بين طرفين متعاقدين وتطبيقاً عملياً لذلك النظام .

(أ) فنظام التأمين يمكن تعريفه وفقاً للنظرية العامة في نظم علماء القانون بأنه :

نظام تعاقدى يقوم على أساس المعاوضة غايته التعاون على ترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة هيئات منظمة تزاوّل عقودها بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية .

(ب) أما عقد التأمين فتعريفه كما جاء في المادة ٧١٣ من القانون المدني السوري
(٧٤٧ من القانون المدني المصري الجديد مع بعض تحويل في الصياغة) أنه :

« عقد بين طرفين أحدهما يسمى (المؤمن) ، والثاني (المؤمن له) أو المستأمن
يلتزم فيه المؤمن بأن يؤدي إلى المؤمن له لمصلحته مبلغا من المال، أو إيرادا مرتبا،
أو أى عوض مالى آخر ، فى حالة وقوع حادث أو تحقق خطر مبین فى العقد وذلك
فى مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له إلى المؤمن .

ويقول الأستاذ عيسوى أحمد عيسوى :

لعل أدق التعريفات وأوفرها حظا من التوفيق عند هؤلاء العلماء ذلك التعريف
الذى أورده الأستاذ (هينار) بكتابه فى شرح التأمين فقد عرف التأمين على
الوجه التالى :

« التأمين عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط على
تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن على تعهد بمقتضاه يدفع هذا
الآخر أداء معيناً عند تحقق خطر معين وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر
وبإجراء المعاوضة وفقاً لقوانين الإحصاء . » ويقول الأستاذ جمال الحكيم : « إن
هذه التعاريف كلها لا تجمع بين الجانب النقي وجانب علاقة ما بين المؤمن له والمؤمن
وإن التعريف الجامع المانع يكون : « التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي
إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا
مرتبا أو أى عوض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد
وذلك فى نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن ، ويتحمل بمقتضاه
المؤمن تبعة مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء .

أركان التأمين كعقد من العقود :

يرى الأستاذ توفيق على وهبه أن تعريف التأمين يجعلنا نقول إن أركانه

عهي :

— الخطر . ٢ — القسط . ٣ — العوض المالى .

٤ — المصلحة فى التأمين ويذكر كلمة عن كل ركن من هذه الأركان :

١ — الخطر :

فالخطر عبارة عن حادث مستقبل محتمل الوقوع ولا يتوقف تحققه على محض إرادة المؤمن له أى يقع دون إرادته .

٢ — القسط :

أما القسط فهو المبلغ الذى يدفعه المؤمن له شهرياً أو سنوياً حسب الاتفاق . لتقوم الشركة بمقتضاه بتحمل تبعة المخاطر المؤمن ضدها ، فالقسط فى التأمين بمثابة الثمن فى البيع (١) أو الأجرة فى الإيجار ويشمل القسط ما يوازى قيمة الخطر بالإضافة إلى المصاريف التى تتكلفتها الشركة وكذا الأرباح ويسمى القسط فى مجموعه بالقسط التجارى .

٣ — العوض المالى :

العوض المالى وهو إما أن يكون تعويضاً بقدر بحسب قيمة الخسارة الناجمة عن تحقق الخطر المؤمن ضده وإما أن يكون مبلغاً محدداً نص عليه فى عقد التأمين . بالمؤمن يدفع حسبما اتفق عليه بين المؤمن وللاؤمن له .

٤ — المصلحة فى التأمين :

نصت المادة ٧٤٩ من القانون المدنى المصرى على أن : « يكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر التأمين فمن المحتم أن يكون هناك مصلحة واضحة للمستأمن إذ أن انعدام مصلحة الشخص فى التأمين من شأنه أن يزيد فى نسبة المخاطر المفتعلة التى يهد لها المستأمن سبل وقوعها غير أنه بانعدام الشيء محل التأمين لانعدام مصلحته فى المحافظة عليه . ويكون الأمر أشد خطورة إذا :

(١) هذه كلمة حق . . ولطالما نبهنا إلى أن التأمين التجارى يقوم على « بيع الأمن » والأمن لا يباع ولا يشتري - راجع للوائح « التأمين بين الحل والتحرير -

كان المؤمن عليه شخصاً غير المستأمن فانهدام المصلحة يعرض حياة المؤمن عليه للخطر .

على أن بعض علماء القانون يرون أن التأمين كغيره من العقود اللازمة يعتمد على أركان ثلاثة هي : التراضي بين المتعاقدين ، محل العقد ، السبب الذي يقوم عليه العقد . وهذا نص إجمالى لما فصله بعض الباحثين كما ذكر الأستاذ توفيق وهبه .

• خصائص عقد التأمين :

جاء فى بحث هيئة كبار العلماء بالسعودية (رجب عام ١٣٩٤ هـ) عن خصائص

عقد التأمين (١) :

١ — أنه عقد من عقود التراضى باعتبار أن الإيجاب والقبول ضروريان فيه وهما ملزمان .

٢ — أنه عقد احتمالى لأن خسارة أو ربح كل من طرفى العقد غير معروف وقت العقد وهو فى القانون المصرى يحىء الحديث عنه تحت العقود المسماة بـ « عقود الغرر » .

٣ — أنه عقد مستمر حيث أنه لا يتم الوفاء بالالتزام المترتب عليه بصفة فورية ، وإنما يستغرق الوفاء بهذا الالتزام مدة من الزمن هى مدة نفاذ العقد .

٤ — أنه عقد إذعان حيث يتولى أحد طرفيه وضع الشروط التى يريد بها ويعرضها على الطرف الآخر فإن قبلها دون مناقشة أو تعديل أبرم العقد وإلا فلا .

٥ — أنه عقد معاوضة من حيث إن كل واحد من طرفيه يأخذ مقابل ما يعطى .

٦ — عقد ملزم للجانبين حيث إنه ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل طرف

(١) جاء ذكر الخصائص المبينة فى هذه الفقرة على سبيل التمهيد لمناقشة الموضوع . . . وهى منسوبة لأصحابها . . أما رأى هيئة كبار العلماء فقد جاء فى ختام البحث .

من طرفيه قبل الآخر وتنشأ هذه الالتزامات — على رأى — من اللحظة التي يتم فيها العقد بركنيه الإيجاب والقبول..

٧ — عقد مسمى والعقود المسماة هي التي تخضع للأحكام العامة من حيث انعقادها .. وللقواعد التي تقررها الأحكام القانونية فيما يتعلق بالتفصيل .

٨ — عقد من عقود حسن النية إذ أن حسن النية صفة لازمة لكل عقود التراضي بمعنى أنه يجب على كلا الطرفين التصرف بأمانة وإخلاص .

٩ — عقد مدني تجاري ذلك أن أعمال التأمين في الغالب تمارس من خلال مؤسسات تجارية .

وهذه الخصائص المميزة لعقد التأمين جدرة بالمناقشة حين الحكم عليه من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، وحين الحديث عن مزايا التأمين وأضراره ، إذ طال الحديث في هذا الأخير لدى كثير من الباحثين..

(الوظائف التي يقوم بها التأمين)

للأستاذ / عيسوي أحمد عيسوي

يقولون : إن للتأمين أغراضاً يحققها ، ووظائف . ينهض بها ، فالقصد الأول من التأمين والغاية القريبة التي ينشدها المؤمن له من ورائه هو أنه يحقق له الحصول على مبلغ من المال في حالة وقوع الخطر للمؤمن منه إلا أن وراء هذه الغاية الفريدة المباشرة للتأمين غايات أخرى يحققها ووظائف يقوم بها ، ويمكن إجمال هذه الوظائف في ثلاث :

١ — فالتأمين عامل من عوامل الأمان..

٢ — وهو وسيلة من وسائل الائتمان .

٣ — ثم إنه وسيلة من وسائل تكوين رؤوس الأموال..

وتفصيل هذه الوظائف فيما يلي :

الوظيفة الأولى : التأمين عامل من عوامل الأمان :

إن التأمين يبحث في نفوس الأفراد الأمان والطمأنينة لأنه من قبل الاحتياط لأحداث المستقبل ومفاجآت القدر فهو يؤمن الشخص من خسارة قد تلحقه في ماله أو تصيبه هو أو غيره في نفسه.

وهذا الأمان الذي يحققه التأمين نجده في نوعي التأمين، في التأمين من الأضرار وتأمين الأشخاص على السواء. ففي التأمين من الأضرار يحتاط الشخص للخسارة التي قد تصيب ماله من حريق أو غرق أو تلف وقد يكون هذا المال هو كل ما يملكه أو هو ثمرة جهاد العمر وكذلك الحال في تأمين المسؤولية فقد ازدادت حالات المسؤولية وأسبابها في العصر الحديث زيادة كبيرة ، فمن طريق التأمين يستطيع الشخص أن يجنب نفسه نتائج هذه المسؤولية ، وأن يباشر نشاطه في اطمئنان ودون خوف وكذلك الشأن في التأمين على الأشخاص ، فإن الإنسان معرض في حياته لعجز يقعده عن العمل أو مرض يهدد كيانه ثم هو يعلم أنه ميت لا محالة وقد يترك من ورائه ذرية ضعفا يخاف عليهم ، فالتأمين يستطيع الإنسان به أن يؤمن نفسه وعياله في مواجهة هذه المخاطر جميعا .

الوظيفة الثانية : التأمين وسيلة من وسائل الائتمان :

ويقولون إن التأمين وسيلة من وسائل الائتمان وعامل من عوامل تنشيطه في المجتمع فهو يساعد الفرد في الحصول على ما يحتاج من ائتمان بوسائل متعددة ذلك أن الوسيلة التي يعتمد عليها أغلب الأفراد في الحصول على ما يحتاجون إليه من قروض هي تقديم مال من أموالهم ضماناً للقرض ، فالمدين يرهن للدائن عقارا أو منقولات من أمواله وما دام هذا المال موجوداً لم يتلف أو يهلك يظل الضمان قائماً ومتحققاً ولكن هذا المال قد يفقد أو يغرق أو يحرق فيضيع ما كان يعول عليه الدائن من ضمان ، فتفادياً لهذا الاحتمال وتمكيناً للدائن من الحصول على حقه جرت العادة على أن يلزم المقرض المقرض بأن يؤمن على الشيء المرهون ضد السرقة أو ضد الحريق حتى إذا وقع شيء من ذلك حل التأمين محل الشيء المرهون واستطاع الدائن أن يستوفي حقه من عوض التأمين .

وكذلك إذا لم يكن لدى الراغب في الائتمان مال يقدمه ضماناً للدائن وكان يعتمد في سداده الدين على ثمرة عمله فإنه يستطيع الحصول على الائتمان الذي ينشده إذا هو آمن على حياته لصالح الدائن فيؤول مبلغ التأمين في حالة وفاته إلى دائته .

الوظيفة الثالثة : تكوين رؤوس الأموال :

كذلك يؤدي التأمين وظيفة مهمة : هي تكوين رؤوس الأموال عن طريق جمع الأقساط التي يدفعها المستأمنون وهذه المبالغ الطائلة يجب بطبيعة الحال أن توظف في أوجه النشاط المختلفة ، فالأموال التي تجمعها شركات التأمين تفيد المستأمنين والاقتصاد القومي على السواء .

ثم إن التأمين من جهة أخرى يساعد الدولة في الحصول على ما تحتاجه من قروض . فشركات التأمين تحتفظ تحت أيديها بمبالغ طائلة وهي تستطيع أن أن تستثمر هذه المبالغ في السندات العامة التي تصدرها الدولة (١) .

آراء العلماء المسلمين في التأمين :

ولا نعرف أحداً من فقهاء المذاهب المتأخرين بحث في عقد التأمين لمعرفة موقف الفقه الإسلامي منه قبل العلامة محمد بن عابدين صاحب حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه المذهب الحنفي ، لأن هذا الضرب من التعامل لم يعرف في البلاد الإسلامية إلا في القرن الثالث عشر الهجري حيث قوى الاتصال التجاري بين الشرق والغرب إبان النهضة الصناعية في أوروبا ، وذلك عن طريق التأمين على السلع المستوردة من البلاد الأوروبية بواسطة الوكلاء التجاريين الأجانب الذين كانوا يقيمون في البلاد الإسلامية لعقد صفقات الاستيراد فقد أدخل هؤلاء عقد التأمين إلينا مبتدئاً من التأمين البحري على هذه الصفقات المستوردة .

وقد أورد ابن عابدين — في حاشيته على الدر المختار — بحثاً قيماً استخرج به حكم الشريعة في التأمين على الأموال ، لأنه هو الذي كثر السؤال عنه في زمنه ، معبراً عنه باسم (السوكرة) وقد ساق الأدلة المقنعة في هذا الشأن .

(١) واضح أن الفقرة السابقة نموذج من المسادة الدعائية التي تعدها شركات التأمين .. وقد يتأثر بها البعض .

آراء العلماء المعاصرين في عقد التأمين :

تناول بعض الأفاضل من العلماء المعاصرين الموضوع لبيان الحكم فيه من وجهة نظر الشريعة الإسلامية ، وكان ذلك عن طريق البحث المستفيض المدعم بالأدلة أحيانا ، أو عن طريق الفتوى والرأى الإجمالى أحيانا أخرى ، والمتبع لما كتبه هؤلاء العلماء . أو نقل عنهم ، يرى أنهم انقسموا في هذا الشأن إلى ثلاث فرق :

١ — فذهب الفريق الأول — وهم الأكثر عدداً — إلى عدم جواز هذا الضرب من التعامل مطلقاً ، أى سواء كان التأمين على الحياة ، أم كان على الأموال أم كان ضد الأضرار الناشئة من المسؤولية ، ومن هذا الفريق المرحوم الشيخ محمد بن حنيت مفتى الديار المصرية الأسبق ، فقد حكم بمنع هذا التعامل في فتوى له رداً على سؤال ورد إليه من بعض العلماء القيمين بولاية سلانيك بالدولة العثمانية في ذلك الوقت ، ومن هذا الفريق أيضاً الأستاذ الأكبر الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الجامع الأزهر السابق في فتوى له في هذا الموضوع ، ومنه بعض علماء المغاربة الذين أشار إليهم العلامة محمد بن الحسن الحجري الشعالبي في كتابه « الفكر السامي » .

٢ — وذهب الفريق الثانى إلى جواز التعامل بكل أنواع التأمين ، من غير تفرقة بين نوع ونوع بشرط أن يكون خالياً من الربا .

ومن القائلين بهذا الرأى الأستاذ مصطفى الزرقا في بحث له ألقاه في أسبوع الفقه الإسلامى المنعقد في دمشق من ١٥ — ٢٠ شوال سنة ١٣٨٠ هـ (أول أبريل سنة ١٩٥١) ونشر في مجلة دنيا القانون بالأعداد (الخامس والسادس والسابع) ، (والثامن والتاسع والعاشر) و (الحادى عشر) من السنة الثالثة ١٩٦١ م .

ومن القائلين بهذا الرأى أيضاً المرحوم الشيخ عبد الرحمن عيسى في كتاب له عن المعاملات المستحدثة ، والدكتور محمد يوسف موسى .

فقد وجهت مجلة الأهرام الاقتصادى سؤالاً إلى عدد من علماء الشريعة والقانون عن التأمين والمستندات والأسهم منشوراً في العدد (١٣٢) منها الصادر في ١٥ فبراير سنة ١٩٦١ م ، فأجاب الدكتور محمد يوسف موسى بقوله :

إن التأمين بكل أنواعه ضرب من ضروب التعاون الذي يفيد المجتمع ، والتأمين على الحياة يفيد المؤمن كما يفيد الشركة التي تقوم بالتأمين أيضاً ، وأرى شرعاً أنه لا بأس به إذا خلا من الربا ، بمعنى أن المؤمن عليه إذا عاش المدة المنصوص عليها في عقد التأمين استرد ما دفعه فتمت دون زيادة ، أما إذا لم يعيش المدة المذكورة ، حق لورثته أن يأخذوا قيمة التأمين (أى التعويض) وهذا حلال شرعاً (١).

٣ — وذهب الفريق الثالث إلى التفرقة بين أنواع التأمين ، فأجازوا بعض أنواعه دون بعضها الآخر ومنهم من توسع في صور الجواز ، ومنهم من ضيق فيها .

ومن هذا الفريق أيضاً العلامة محمد بن الحسن الحجورى الثعالبي أستاذ العلوم العاليه بالقرويين ، فقد أجاز ضمان الأموال ومنع ضمان الأنفس .

ومن هذا الفريق أيضاً الأستاذ أحمد طه السنوسى فقد نشر له بحث مستفيض في مجلة الأزهر سنة ١٣٧٣ هـ . في العددين الثانى والثالث . من المجلد الخامس والعشرين ، وقد عالج في هذا البحث التأمين من المسؤولية ، و انتهى إلى جوازه قياساً على عقد الموالاة الذى اعتبره بعض الفقهاء سبباً من أسباب الإرث ، أما التأمين على الأشخاص والتأمين على الأموال فلم يتناولهما .. لأن التشابه التام مع عقد الموالاة الإسلامى إنما هو فى التأمين من المسؤولية فقط .

ومن القائلين بالتفرقة أيضاً وهم إلى المنع أقرب ، الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهره ، فقد نشر تصريحاً له فى العدد الآنف الذكر من مجلة الأهرام الاقتصادية قال فيه :

(إن التأمين على السيارات (٢) مثلاً لضمان إصلاحها ليس حراماً وإن كان فى النفس منه شيء ، والتأمين على الحياة نوع من المقامرة لأنه وإن دفع شخص بعض المال ومات قبأى حق يستحق كل المبلغ ؟ وإن عاش حتى نهاية مدة التأمين فإنه يأخذ المال الذى دفعه مع فائدة وهذا ربا) .

(١) هذا قول الأستاذ مصطفى الزرقاء ، وقد أخذ به الدكتور محمد يوسف موسى ، ونحن نعارضه .

(٢) لقد عدل المرحوم الشيخ محمد أبو زهر عن قوله هذا فى خصوص التأمين على السيارات ، وثبت على تحريم التأمين التجارى بكل فروعه — راجع للؤلؤف « التأمين بين الحل والتحريم » .

هذه آراء العلماء إجمالاً ، وهانحن نذكر بعض الأمثلة :

رأى المرحوم الشيخ محمد بن خيت المطيعي :

قلنا أن المرحوم الشيخ محمد بن خيت كان من بين القائلين بمنع عقد التأمين وحرمة جميع أنواعه وقد جاء حكم التأمين على الأموال في رده على سؤال موجه إليه من بعض العلماء المقيمين بولاية سلانيك التي كانت تابعة للدولة العثمانية ونشر هذا الرد ضمن ثلاث رسائل للوقوف تحمل عنوان « ثلاث رسائل » .

وجاء فيه بعد الديباجة (ورد خطابكم .. وبه تذكرون أن المسلم يمنع ماله تحت ضمانة أهل « قورمانية » تسمى قورمانية « السوكرتاء » ، أصحابها مسلمون أو ذميون أو مستأمنون ويدفع لهم في نظير ذلك مبلغاً معيناً من الدراهم ، حتى إذا هلك ماله الذي وضعه تحت ضمانهم يضمنونه له بمبلغ مقرر بينهم من الدراهم ، وتستفهمون عما إذا كان له شرعاً أن يضمنهم ماله المذكور إذا هلك بحرق أو نحوه أم لا يكون ذلك ، وعما إذا كان يحل له ما أخذه من الدراهم إذا ضمنوا له ما هلك من ماله أم لا يحل ذلك ، وعما إذا كان يشترط في حل ما يأخذه من الدراهم بدلاً من ماله الهالك أن يكون كل من العقد وأخذ الدراهم المذكورة في غير دار الإسلام ، أم يكفي أن يكون العقد في غير دار الإسلام ، فإذا هلك المال الموضوع تحت الضمان كان لصاحبه أن يأخذ الدراهم المقررة بدلاً من ماله الهالك ويستلمها في دار الإسلام من وكيلهم الذمي والمستأمن فيها ، وعما إذا كان يحل لأحد الشركاء أن يعقد بغير دار الإسلام ، ثم يعود بما أخذ إلى دار الإسلام أو يبعث به إلى شريكه أو وكيله بها ، أم لا يحل ذلك أيضاً ؟ وقلتم إن ذلك مما عمت به البلوى في الديار التي أنتم بها الآن .

وقد أجاب عن هذا السؤال بما ملخصه :

إن المقرر شرعاً أن ضمان الأموال إما أن يكون بطريق الكفالة ، أو بطريق التعدي أو الإلتلاف ، أما الضمان بطريق الكفالة فليس متحققاً هنا قطعاً ، لأن شرطه أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، أو

عيناً مضمونة بنفسها ، بل يجب على المكفول عنه تسليمها بعينها للمكفول له فإن هلكت ضمن له مثلها في المثليات وقيمتها في القيميات ، وذلك كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً ، وبدل الخلع ، وبدل الصلح عن دم عمد ، وعلى ذاك لا بد من كفيل يجب عليه الضمان ، ومن مكفول له يجب تسليم المال المضمون إليه ، ومكفول عنه يجب تسليم المال عليه ، ومن مكفول به يجب تسليمه للمكفول له ، وبدون ذلك لا يتحقق عقد الكفالة . ولا شبهة في أنها لا تطبق على العقد المذكور فإن المال الذى جعله صاحبه تحت ضمان أهل القومبانية لم يخرج عن يده ولا يجب عليه تسليمه لأحد غيره ، فلم يكن ديناً عليه أداؤه ، ولا عيناً مضمونة عليه بنفسها يجب عليه تسليم عينها قائمة أو مثلها أو قيمتها هالكة ، فأهل القومبانية لو ضمنوا يضمنون مالا للمالك له ، وهو لم يزل تحت يده ، يتصرف فيه كيف يشاء فلا يكون شرعاً من ضمان الكفالة .

وأما الضمان بطريق التعدى أو الإلتلاف فالأصل فيه قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » — سورة البقرة — الآية ١٩٤ . فهذا الضمان إنما يكون على المتعدى كالغاصب إذا هلك مغصوبه ، أو على المتلف كالشريك المؤسر إذا أعتق نصيبه في عبد مشترك وأتلف بالعتق نصيب الشريك الآخر ، وأهل القومبانية لم يتعد واحد منهم على ذلك المال ولم يتلفه ولم يتعرض له بأذى ضرر ، بل إن المال قد هلك بالمقضاء والقدر ، ولو فرض وجود متعد أو متلف فالضمان عليه دون غيره ، فلا وجه حينئذ لضمان أهل القومبانية من هذه الطريق أيضاً .

وعلى هذا يكون هذا العقد عقد التزام بما لا يلزم شرعاً ، لعدم وجود سبب يقتضى وجوب الضمان شرعاً ، والضمان لا يجب على أهل القومبانية ، والعقد المذكور لا يصلح سبباً شرعياً لوجوب الضمان ، ولا يجوز أن يكون العقد المذكور عقد مضاربة كما فهمه بعض العصريين لأن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب والربح على ما شرطاً ، والعقد المذكور ليس كذلك . لأن أهل القومبانية يأخذون المال على أن يكون لهم ،

يعملون فيه لأنفسهم ، فيكون عقداً فاسداً شرعاً . . وذلك لأنه معلق على خطر تارة يقع وتارة لا يقع فهو قمار معنى .

رأى الشيخ محمد بن الحسن الحجوى الثعالبي :

هو يرى جواز التأمين على الأموال دون التأمين على الأنفس ، وعنده أن الحاجة ماسة إلى النوع الأول بل الضرورة تقضى به ، وليس كذلك الثاني فيبقى على المنع ، وقد عقد فصلاً في كتابه الفكر السامي تحت عنوان (مسألة عمت بها البلوى وهي الضمان المسمى « سكرتاة ») تصدى فيه بالرد على ثلاث فتاوى بتحريم التأمين صدرت من علماء زمانه ، وخلاصة ما قاله إن المفتين الثلاثة قد اتفقوا على المنع ، ولكن اختلفوا في تعليل هذا المنع ، فمنهم من علل بالغرر ، ومنهم من علل بالتقمار ، ومنهم من قال إنه ضمان . وهذا كله يجعل هذه الفتاوى الثلاث فاسدة . وله في مناقشتهم كلام طويل وإن كان لا يسلم من الاعتراض عليه .

رأى الأستاذ أحمد طه السنوسى :

يرى الأستاذ أحمد طه السنوسى أن عقد التأمين من المسؤولية جائز شرعاً ، وقد نشر هذا الرأي في بحث مستفيض له في مجلة الأزهر سنة ١٣٧٢ هـ متسلسلاً في عشرينهما الثاني والثالث من المجلد الخامس والعشرين .

وقد احتج الأستاذ السنوسى لجواز عقد التأمين من المسؤولية بقياسه على عقد الموالاة الذى يقرر فريق من العلماء أنه سبب من أسباب الإرث شرعاً ، ومن هؤلاء العلماء عمر وعلى وابن مسعود ، وبمذهبهم أخذ أبو حنيفة وأصحابه .

وعقد الموالاة هو أن يعقد شخص مع آخر ليس له أقرباء عقد محالفة على أن يعقل عنه إذا حي ويره إذا مات . فإن هذا العقد تنشأ عنه رابطة حقوقية بين عائديه شرعاً قوامها التزام العاقد الأعلى الذى يسمى مولى الموالاة بأن يتحمل الموجب المالى عن جنابة الآخر في حالة الخطأ في مقابل أن العاقد الأعلى يرث الآخر إذا مات دون وارث .

فالعقد التأمين عن المسؤولية يشبه عقد الموالاة من حيث إن كلا منهما التزام بالموجب المالى الناشئ عن مسؤولية أحد عاقيه . ففي عقد الموالاة التزم مولى الموالاة بدفع الموجب المالى الناشئ عن جناية الخطأ الصادرة من العاقد الآخر ، وفي عقد التأمين التزم المؤمن (الشركة) دفع الموجب المالى الناشئ عن مسؤولية المؤمن له ، وفى مقابل هذا الالتزام يكون للملتزم فى العقدین عوض مالى هو الميراث فى عقد الموالاة ، والمال الذى يدفعه المؤمن له فى عقد التأمين .

وقد حصر الأستاذ السنوسى بحثه هذا فى التأمين من المسؤولية ، أما التأمين على الأموال والتأمين على الأشخاص فلم يتناولهما لأن التشابه التام عنده مع عقد الموالاة الإسلامى إنما هو فى التأمين من المسؤولية .

رأى الأستاذ مصطفى الزرقا :

هو من أشهر الذين قالوا بالجواز المطلق للتأمين ، وله فى هذا الصدد بحوث عديدة ، أما أدلته على الجواز فتتلخص فيما يلى :

١ — إن عقد التأمين فى جميع صورته وأشكاله عقد تعاون وتضامن اجتماعى إذ أن الفكرة الأساسية فيه هى التعاون على ترميم آثار الكوارث الواقعة على الإنسان فى نفسه أو ماله فى مجال نشاطه العملى ، وذلك بطريق التعاون على تجهئة الكوارث وتفتيتها وتوزيعها على مجموع المستأمنين بدلا من أن يتحمل أضرارها الشخص المصاب وحده ، والتعاون فى الخير أمر تقره الشريعة وتدعو إليه .

٢ — إن عقد التأمين يودى وظائف مهمة ونافعة ، فهو يمنح الأمان والطمأنينة للمستأمن على ماله ومستقبل حياته ، وهذا الأمان هو أعظم ثمرات الحياة ، وهو الذى من به الله على قريش بقوله « فليعبدوا رب هذا البيت الذى أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف » (١) .

٣ — إنه لا يرد مانع شرعى يمنع من جواز هذا العقد ، لأن الأصل فى العقود الإباحة عند أكثر العلماء ، وهو الراجح فى النقه الإسلامى ، فلا إنسان

(١) الاستدلال بالآية الكريمة هنا ، فى غير موضعه (انوار) راجع « التأمين بين الحل والتحريم » .

لإحداث أى عقد تدعو الحاجة إلى إنشائه ما لم يرد بخصوصه نص يمنع أو يخالف قواعد الشريعة العامة القطعية ، وعقد التأمين لم يرد بخصوصه نص يمنع . وليس فيه ما يخالف قواعد الشريعة ، فضلا عن أنه تقتضيه حاجة الناس فيكون جائزا شرعا .

٤ — وعلاوة على ذلك، يرى أن فى أحكام الشريعة وأصول فقها ونصوص الفقهاء ما يصلح أن يكون مستندا قياسيا واضحا فى جواز عقد التأمين ، وخص بالذكر من ذلك ، تمد الموالاة ، وضمان خطر الطريق عند الحنفية ، والوعد الملمزم عند المالكية ونظام العاقلة فى الإسلام ، وضمان الأجير للحراسة ، ونظام التقاعد والمعاش للموظفين .

(١) أما عقد الموالاة فيرى أنه يكاد يكون نصا صريحا فى التأمين من المسؤولية كما سبق بيانه فى تلخيص رأى الأستاذ أحمد طه السنوسى .

(ب) وأما صحة ضمان خطر الطريق فيما إذا قال شخص لآخر : « اسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن » فسلوكه 'فَوُضِعَ مَالُهُ حَيْثُ يَضْمَنُ الْقَاتِلُ' ، وهو ما نص عليه الحنفية فى الكفالة ، فهو يرى فى ذلك النص فكرة فقهية يصلح بها أن يكون نصا استثنائيا قويا فى تجويز التأمين على الأموال من الأخطار .

(ج) أما قاعدة الوعد الملمزم عند المالكية بخلافها أن الشخص إذا وعد غيره عدة بقرض أو بتحمل وضعية أو إعارة أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه فى الأصل ، فهل يلزم بالوفاء بوعدده قضاء أم لا يلزم ؟ اختلف فقهاء المالكية فى ذلك على أربعة أقوال ، فمنهم من يقول إن الوعد غير ملزم مطلقا ، ومنهم من يقول هو ملزم مطلقا ، ومنهم من يقول ، هو ملزم إذا بنى على سبب وإن لم يباشر الموعد ذلك السبب ، كما لو قال شخص لآخر ، إني أريد أن أقرضك كذا لتزوج ، فإن الواعد ملزم ولو لم يتزوج الموعد ، ومنهم من يقول إن الواعد لا يلزم بوعدده إلا إذا بنى الوعد على سبب ودخل الموعد فى ذلك السبب فعلا ، كما إذا وعد به بأن يسلفه ثمن شيء يريد شراؤه فاشتراه فعلا ، أو مبلغ المهر فى الزواج فتزوج ونحو ذلك ،

وهذا هو الراجح في المذهب من بين هذه الآراء الأربعة . أما عند الحنفية والشافعية فإن الوعد لا يكون ملزماً .

وبناء على مذهب المالكية يرى تخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من المؤمن للتأمين ولو بلا مقابل على سبيل الوعد بأن يتحمل عنه أضرار الحادث الخطر الذي هو معرض له ، أى أن يعرض عليه الخسائر ، فقد نص أصحاب الرأى الرابع على أنه (لو قال شخص لآخر بع كرمك الآن وإن لحقتك من هذا البيع وضیعة فأنا أرضيك ، فباعه بالوضیعة ، كان له على القائل أن يرضيه بما يشبه ثمن ذلك الشيء المبيع والوضیعة) قال ابن رشد : لأنها عدة على سبب ، والعدة إذا كانت على سبب لزمّت بحصول السبب ، فهذا النص الصريح يمكن تخريج عقد التأمين عليه ، لأن أقل ما يقال فيه أنه التزام تتحمل الخسارة عن الموعود في حادث معين محتمل الوقوع بطريق الوعد الملزم نظير الالتزام بتحمل خسارة المبيع عن البائع في المثال المتقدم .

(د) أما نظام العواقل في الإسلام فهو نظام وردت به السنة الصحيحة الثبوت . وأخذ به أئمة المذاهب ، وخلاصته أنه إذا جنى أحد جناية قتل غير عمد وكان موجباً للدية فإن الدية للقتيل توزع على أفراد عائلة القاتل الذين يجعل بينه وبينهم التناصر عادة ، وهم الرجال البالغون الذين من أهله وعشيرته وكل من يتناصر هو بهم ويعتبر هو واحداً منهم فتقسط الدية عليهم في ثلاث سنين بحيث لا يصيب أحداً منهم أكثر من أربعة دراهم في السنة .

وهذا النظام كان معمولاً به قبل الإسلام فكانت عاقلة القاتل تتحمل عنه تكراً واصطفاً بالمعروف ، فجاء الشرع وقرره وجعله إلزامياً .

يقول الأمتاذ الزرقا : إن نظام العواقل يهدف إلى غايتين : الأولى تخفيف أثر المصيبة على الجاني الخطيء ، والثانية صيانة دماء ضحايا الخطأ من أن تذهب هدرأ لأن الجاني الخطيء قد يكون فقيراً لا يستطيع التأدية فتضيع ، الدية ، وإذا كان

الشرع قد قرر هذا النظام التعاونى بطريق التعاقد فى صورة عقد التأمين لى تخفف آثار الكوارث بتوزيعها على كثيرين .

وهل المصلحة التى يراها الشرع الإسلامى بالغة من القوة درجة توجب جعلها إلزامية بحكم الشرع .. تصبح مقسدة إذا حققها الناس على نطاق واسع بطريق التعاقد والمعاوضة التى يدفع فيها القليل لصيانة الكثير وترميم الضرر الكبير من مختلف الكوارث ؟

(هـ) أما نظام التقاعد أو المعاش فهو يقوم على أساس أن يقتطع جزء من المرتب الشهرى للوظفين فى أعمال الدولة ، حتى إذا بلغ أحدهم سن الشيخوخة القانونية وأحيل إلى التقاعد أخذ وهو غير موظف عامل راتباً شهرياً يبلغ أضعافاً مضاعفة من المبلغ الذى كان يقتطع من راتبه شهرياً ويستمر المرتب التقاعدى الجديد ما دام حياً مهما طالت حياته ، وينتقل إلى أسرته التى يعولها من زوجة وأولاد وغيرهم بشروط معينة بعد وفاته ، فما الفرق بين هذا النظام وبين التأمين على الحياة ؟ .

إن فى كليهما يدفع الشخص قسطاً ضئيلاً دورياً لا يدرى كم يستمر به دفعه وكم يبلغ مجموعه عند التقاعد ، وفى كليهما يأخذ الشخص أو أسرته فى مقابل هذا القسط الدورى الضئيل مبلغاً كبيراً دورياً أيضاً فى التقاعد وفورياً فى التأمين على الحياة يتجاوز كثيراً مجموع الأقساط ولا يدرى كم يبلغ مجموعه فى التقاعد إلى أن ينقضى الاستحقاق ، بينما هو محدود معلوم المقدار فى التأمين على الحياة ، فالفرق والجهالة فى نظام التقاعد أعظم منهما فى التأمين على الحياة .

إن نظام التقاعد يقره علماء الشريعة ويعملون به ويرونه أساساً ضرورياً فى نظام وظائف الدولة ومصلحة عامة لا بد منها ، فلماذا يحسن وجود هذا النظام التقاعدى ترتيباً يقوم بين الدولة وموظفيها ولا يجوز نظيره تعاقداً ملزماً بين الناس ؟ .

(و) أما عند الاستئجار على الحراسة فالأجير الحارس هنا وإن كان مستأجراً على عمل يؤديه هو القيام بالحراسة ، فإننا نجد أن عمله المستأجر عليه ليس (١٠ — عقد)

له أثر أو نتيجة سوى تحقيق الأمان للمستأجر على الشيء المحروس ،
واطمئنانه إلى استمرار سلامته من عدوان شخص أو حيوان يخشى أن
يسطو عليه ، وليس كعمل الصانع فيما استوَجِر على صنعه وعمل الخادم في
الخدمة المستأجر عليها ، فإن هذه أعمال محسنة يقوم بها الأجير ، أما الحارس
فليس لعمله أى نتيجة سوى هذا الأمان الذى بذل المستأجر ماله للحصول
عليه ، وكذلك الحال فى عقد التأمين يبذل فيه المستأمن جزءاً من ماله فى
سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التى يخشاها .



فما تقدم تلخيص لبعض ماذهب إليه الباحثون فى التأمين النجارى .. من حيث
إنه نشاط يصدر عن البعض كضرورة من ضرور السعى فى طلب الرزق من أى باب ..

وكذلك عرضنا لبعض ما قيل عن التأمين من حيث إنه « محل » لعقد يعترف
به القانون الوضعى .. وننتقل الآن إلى الأمان والتأمين من حيث إنهما من الوظائف
العامة ومن عناصر الأمانة التى يحملها ولي الأمر .. أو الدولة فنقول وبالله التوفيق :

الأمن والتأمين

نظرة موضوعية

الحاجات وإشباعها

الحاجة نقص يتطلب التوفية أو ضغط يتطلب التفريج . . والأمن مطلب فطري، وطالب الأمن ما تعدى ، ولا خلاف في أن توفير الأمن من الوظائف العامة التي تعرض لإشباع حاجات عامة كالعدل وتوفير فرص كسب المعاش . . أما الحاجات الخاصة كالسعى في طلب الرزق وإقامة المسكن الخاص فيتولاه الأفراد .

ولقد يذهب بعض الكتاب (المتخصصون في الدراسات المالية) إلى وجود قدر من التداخل بين بعض الحاجات العامة والحاجات الخاصة من زوايا كثيرة . . ولكن هذا القدر من المسائل المختلف عليها لا يتناول الحاجات التقليدية كالحاجة للعدل والأمن وتوفير فرص العمل فهذه كلها محل إجماع من حيث مسئولية ولي الأمر عن القيام بها — واستنادا لما تقدم يعمين القول بأن رد المظالم وإقامة الحدود وتوفير الأمن للناس . . كل 'أوائك من شأن الدولة أو السلطات العامة أيا كانت التسمية التي يختارها مجتمع دون آخر . . وهي قطعا لا تدخل في نشاط الأفراد والشركات . . فإن فإلوا فهم بذلك يتجاوزون الحدود وتخشى من جانبهم المظالم .

الأمن بوجه خاص

وإذ كان الأمن — من بين الحاجات العامة — هو محل النظر في بحثنا هذا فإنه جدير بمزيد من البيان فتقول . . يقع الأمن في مجالات ثلاثة بيانها : الأمن داخل البلاد وتتولاه الشرطة والعسكر والحراس ، والأمن عند الحدود وتتولاه الأسلحة التقليدية المشهورة كإساحة البر والجو والبحر وما قد يستجد من تطوير لهذا كله ، بالإضافة إلى القوة البشرية التي تتولى توفير الأمن : مواجهة الأعداء ، وتأمين النفوس على الحياة والرزق المقسوم 'والثروة المملوكة الأفراد وكفالة قدر من الغنى عن الناس الأسيرة إن هي فقدت : العائل أو إذا حل به مكروه بحادث أو بسبب المهنة . . إذن مجالات الأمن ثلاثة على وجه التحديد : أمن داخل البلاد ، وأمن عند الحدود وأمن على الأسيرة في قيامها ونموها وانقضائها . . هذا القدر من التقعيد العلمي لمجالات الأمن لا يثير خلافا . . ومع ذلك نرى في واقع الحياة عجبا . . فالمرتقة مثلا تمكسب العيش بترويع الأمنين فيستخدمهم المعتدى أو المقتصب لكي يقيم دعائم

سيطرته الظالمة.. والفرق بين المجاهد الذى يدافع عن الدين والوطن من ناحية وبين المرتزق من ناحية أخرى هو فرق واضح ، فالأول يتخذ في الحياة منهجا تطمئن إليه الفطرة السليمة وترضى عنه الشريعة .. والآخر يكسب كسباً خبيثاً ويقوم بدور لا يقره شرع ولا عرف — ومن هذه الأمثلة البسيطة يتضح لنا أنه إذا تدخل الأفراد والجماعات من الناس في مجالات توفير الأمن للجمتمع فإنهم بذلك يعتدون .

الدولة

ومن أعجب ما اشتملت عليه الدراسات الحديثة في علم السياسة قول الثقات من الكتاب إن الثورة الفرنسية قامت في ١٤ يوليو ١٧٨٩ م .. ومع ذلك تأخر تطوير نظرية الدولة وتثبيت دعائمها مائة عام بعد هذا الحادث (المجيد) في تاريخ الإنسانية .. وكأنما كانت هذه الثورة مهبط الوحي الذى أنزل على الفرنجة في أرضهم ، وكأنما كانت هذه الثورة كفلق الصبح الذى يفصل بين النور والظلمات . هذا في زعمهم . والذى نراه أن الدولة قد نشأت واكتملت في المدينة المنورة في العشرة الأعوام الأخيرة من الرسالة الخاتمة ووظائف الدولة كما نفهمها عن الشريعة السمحاء .. هي : أن تقف بين الفرد والفرد لرفع المظالم ، وأن تقف بين الفرد والعالم الخارجى فلا ينزل الظلم برعاياها من فعل الخصوم والأعداء ، وأن تكفل للأجيال تعاقبا وترابطا يجعل وجود الأمة الإسلامية وجوداً متصلاً ، وأن تقيم العدل بين الناس ، وأن توفر أسباب الرزق الطيب لكل راغب فيه قادر عليه ، وأن توفر الأمن داخل الحدود وخارجها ، ولكل أسرة في حياة عائلها أو بعد سببه إلى الآخرة . هذه هي وظائف الدولة في أمة تؤمن بالله ورسوله وتجعل عميدة التوحيد أساساً لكل خاطرة . ولكل سلوك .

لذلك يرحب كاتب هذه السطور بالانجاء الراشد الذى بدأ في بعض البلاد الإسلامية من حيث تدخل الدولة في ميدان النشاط التأمينى والأخذ بنصيب من هذا النشاط الذى كان من قبل وقفاً على شركات وهيئات عامة تساند هارثوس أموال جبارة وخبرة اقتصادية وأساليب إدارية كفلت لهذه الشركات والهيئات الهيمنة على أسواق رأس المال والسيولة الدولية زهاء قرنين من الزمان حتى بدأت اليقظة

التي نرى ملاحظتها في مؤتمرات علماء المسلمين وفي الاتجاه الحاضر الذي قضى بوضع
الخبرات الاقتصادية والمالية في خدمة علوم الشرع .

الوظيفة والعضو الذي يؤديها

في هذه الفقرة سنلتزم بالإطار الذي وضعناه للنشاط التأميني الراشد أي أننا
سنلتزم بالكلام عن الوزارة والمصلحة والمؤسسة ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى التأمين
الذاتي الذي يتولاه طالب الأمن .. بمعنى أن يجتمع طرفا العملية في شخص واحد
هو طالب الأمن .. إذ يؤمن نفسه بنفسه .

إذن لدينا نوعان من الأعضاء الذين يباشرون وظيفة التأمين ، لا بقصد الربح ،
بل بقصد آخر سيتضح من سياق الكلام .

وعن النوع الأول نقول : يرى بعض الدول إنشاء وزارة متخصصة لشؤون
التأمين ومن هذا البعض مصر . على أن إنشاء وزارة متخصصة قد يتأخر بعض الوقت ،
وعندئذ يكفي أن يتولى هذا النشاط جزء من وزارة يقال لـ « مصلحة » ويتبع هذا
الجزء وزارة قائمة بالفعل كوزارة الشؤون الاجتماعية مثلاً . وكل هذا منهج سليم .

ومن الدول ما يعدل عن المصلحة والوزارة إلى المؤسسات العامة استناداً إلى
المفهوم المشهور عن المؤسسات العامة من حيث إنها تجمع بين حيوية القطاع الخاص
والترفع عن الكسب أسوة بما هو مستقر لسكل من المصلحة والوزارة . وبعبارة
أخرى إن المؤسسة العامة عند الذين يفضلونها تجمع بين الحسنيين : بين النشاط
والحماس وحرية التصرف وهذه كلها من خصائص القطاع الخاص ، وبين إسقاط
المصلحة الذاتية وإسقاط كل محاولة للحصول على ربح صاف من النشاط الذي
تباشره المؤسسة . وفي المراجع الوثيقة للتاريخ الاقتصادي تفصيلات بالغة الأهمية
عن نشأة المؤسسات العامة في كل من فرنسا سنة ١٨٤٢ م ، وفي إنجلترا سنة ١٩٠٨ م
والأدوار التي مرت بها هذه المؤسسات وإن كانت صورها في بلد الأصل الأول
« فرنسا » وبلد الأصل الثاني « إنجلترا » ليست متطابقة تماماً .. ثم إن النتائج العملية
التي حققتها المؤسسات الاقتصادية العامة (ومنها مؤسسة التأمين) قد وجدت من
الدراسات القيمة ما يستحق الرجوع إليه ومن ذلك دراسات الأستاذ « روبنس

Robbins ، أستاذ الإدارة العامة بكلية الاقتصاد بجامعة لندن في مؤلفين اثنين صدر سنة ١٩٥٢م وسنة ١٩٦٢م وفي هذا المقام يعنيانا من أمر الوزارة والمصلحة والمؤسسة شيء واحد هو ألا يكون تحقيق الربح الصافي هدفا لاية مفردة من المفردات سالفه الذكر الداخلة في تكوين الجهاز التنفيذي للدولة .. دخولا تاما كما في حالة الوزارة والمصلحة أو دخولا جزئيا كما في حالة المؤسسة العامة . وحكمة ذلك أن الأمن لا يباع ولأهمية هذه العبارة الموجزة سنورد إليها بشيء من التفصيل في فقرة تالية . ولكن قبل الانتقال إلى الكلام عن التأمين الذاتي نلاحظ وجود مفردات أخرى تشبه المؤسسة العامة وتختلف معها من بعض الوجوه ومن ذلك : الهيئة العامة والمنظمة . ولقد نشأت هذه المفردات التي أشرنا إليها إشارات سريعة وهي المؤسسة العامة الاقتصادية والمؤسسة العامة النقابية والمؤسسة العامة التقليدية والهيئة العامة والمنظمة العامة والشركة العامة التي يمتلكها فرد واحد هو الدولة .. نقول أن هذه المفردات تعتبر صورا مستحدثة من أشكال المشروعات وأجهزة التنفيذ . لقد نشأت هذه المفردات كلها في ظروف اقتصادية مضطربة فكانت غامضة عند الذين انترحوها وروجوا لها .. وبقيت كذلك غامضة عند الذين علقوا عليها أو أخضعوها للبحث العلمي . فلا عجب إذن حين نرى الغموض يكتنفها في كل المراجع العربية ، إذ هي كذلك غامضة في المراجع الأجنبية التي تصدر في مجتمعات متغيرة عن محاولة استحداث صور من أشكال المشروعات والأجهزة تتفق والسياسات الاقتصادية التي بدأت مع الثورات : الفرنسية والصناعية والاجتماعية والسياسية والعسكرية التي تراكبت في مائتي عام مضت .

وعن التأمين الذاتي نقول وبالله التوفيق : التأمين الذاتي هو المخرج الذي لجأ إليه طلاب الأمن حين اشتدت عليهم وطأة الشروط المفروضة بمعرفة الشرطات المحترفة . كما كان المخرج من المواقف الحرجة التي واجهها طلاب الأمن حين أخل انؤمن المحترف بالتزاماته . وفي هذا تفصيل بالغ الأهمية لأنه يحقق أمرين أحدهما وصف جانب من واقع التأمين في الحياة المعاصرة والأمر الآخر أنه يعتبر نواة صالحة لتنظيمات خاصة يباشرها الأفراد والجماعات في إطار من القانون وتحت إشراف الدولة تمهيدا لمزيد من التدخل في الميادين الاحتكارية التي تستغلها شركات تحترف صناعة التأمين .. وحين يجتمع الأمة مع مصالح حكومية أو وزارات للتأمين، ومنظمات ينشط

فيها طلاب التأمين لرعاية مصالحهم الخاصة تحت إشراف الحكومة ، فإن هذين العنصرين مجتمعين إذا زحفا على الحياة العملية للأفراد ودوائر الأعمال فإن ميدان التأمين الاستغلالى الذى كان من قبل وقفاً على الشركات المحترقة . يضيق . ومن سبق الأحداث أن نقول إلى أى حد يكون هذا الضيق . فلعله يختفى . أو لعل القدر الذى يبقى منه يتضاءل كما هى حال الجنود المرتزقة بالقياس إلى الجيوش المناضلة عن الحق المشروع .

وللتأمين الذاتى عدة صور نعرضها فيما يلى بإيجاز :

الصورة الأولى :

وفىها يتولى طالب الأمن الاستعداد لمواجهة الأخطار والحوادث المختلفة إن لم يوقع . ومن ثم يكون هو بذاته طالبا للأمن وهو بذاته المؤمن . ولهذا الأسلوب فى مباشرة وظيفة التأمين تاريخ نجترىء منه بما يلى :

ظهر هذا الأسلوب ، أول ما ظهر فى الولايات المتحدة قبل غيرها . ونجح إلى حد أزعج شركات التأمين . ولإيضاح طريقه العمل نضرب هذا المثل .

لنفرض أن مصنعا يريد التأمين على موجوداته التى تبلغ قيمتها عشرة ملايين دولار أمريكى وانفرض أن القسط السنوى ١٪ فإن القسط يكون فى هذه الحالة مائة ألف دولار . فيقوم صاحب المصنع بتجنيب هذا المبلغ وتوظيفه فى أوراق مالية . وبهذا ينتفع بخبرة الهيئات المحترقة عند تحديده للقسط المناسب . ثم يكرر هذه العملية سنة بعد أخرى وقد يزيد المؤمن القسط طواعية واختيارا ليستعجل تكوين المال المخصص لمواجهة الأخطار وقد ترتب على ذلك أمران :

الأول أن بعض الأخطار وقع فى السنوات المبكرة لتنفيذ الخطة وتعرض صاحب المصنع لخسائر فادحة . الأمر الثانى أن شركات التأمين وضعت سياسة تريد بها القضاء على الفكرة فى مهدها وذلك بالامتناع عن تأمين أى جزء من الأخطار التى يتعرض لها من يباشر التأمين الذاتى . ذلك أن بعض هؤلاء كان يحتفظ بجانب من القسط تحت يده فيما وصفناه بأنه مخصص للتأمين وليكن هذا الجزء ٢٠٪

من القسط ثم يدفع ٨٠٪ من القسط إلى شركة محترقة ، في مقابل مواجهتها لمثل هذا القدر من الاخطار إذا وقعت . وفي السنة التالية والتي بعدها . يرفع طالب الأمن النسبة التي يحتفظ بها ويربط بالنسبة التي يدفعها إلى شركات التأمين المحترقة . وهكذا حتى يصل بعد فترة من الزمن إلى مركز مالي من حيث التأمين يسمح له بمواجهة الاخطار منفردا دون حاجة إلى شركات التأمين المحترقة ، وهذا هو ما تخشاه الشركات . ولذلك عمدت إلى فرض الشروط القاسية لهذا النوع من الحالات بحيث يجد صاحب المصنع أنه لا مصلحة له في معاداة هذه الشركات . غير أن التقدم الاقتصادي خلال القرن العشرين من أوائله ، وما صاحب النشاط المالي والتجاري من تنظيمات إدارية واقتصادية قد أعاد للتأمين الذاتي البقاء والازدهار ومن ذلك أن عرفت الدائرة التجارية والصناعية الكبرى نظاما حديثة يمكن وصفها بالتكتلات والاتحادات . فظهرت الاحتكارات ومن بعدها التكامل الرأسى والتكامل الأفقى وشركات المجموعة والشركات الشقيقة والشركة الأم والشركات الوليدة . . الخ

ظهرت هذه التنظيمات الاتحادية في كل من أمريكا وأوربا . وعنها أخذ بعض بلاد العرب كقطر المصري لعهد المرحوم محمد طلعت حرب أى فيما بين سنتى ١٣٣٩ — ١٣٥٩ هـ (١٩٢٠ — ١٩٤٠ م) حين قام بنك مصر وبمجموعة شركات مصر التي أسسها محمد طلعت حرب . ولقد كان في ظهور هذه التجمعات أو التكتلات فرصة مواتية لنجاح التأمين الذاتى عن طريق التساند فيما بين أعضاء المجموعة الواحدة من المجموعات التي أسلفنا الإشارة إليها .

وقبل أن نترك هذه الصورة الهامة من صور التأمين من حيث تحديد الجهة التي تقوم به نقول إن التأمين الذاتى يهيئ للمصلحين فرصة ثمينة وعملية للخروج من الأوضاع الموروثة بوضع خطة طويلة المدى تساعد فريقاً من المجتمع (كالتجار والصناع) على مواجهة الاخطار بتنظيماتهم الخاصة .

الصورة الثانية :

التأمين النبادل : وهذه الصورة الثانية تعتبر امتداداً للصورة الأولى ولكنها مع

ذلك حالة خاصة نضرب لها بعض الأمثال فنقول : عندما قامت الحرب العالمية الثانية وتعرضت سفن الحلفاء الغربيين للغرق بفعل الغواصات الألمانية رفعت الشركات المحترفة أقساط التأمين أضعافاً مضاعفة في بضعة أسابيع حتى بلغت رسوم التأمين ١٢ ٪ عن الرحلة الواحدة ثم عمدت بعد ذلك إلى إسقاط المسؤولية عن كاهلها إذا كان الضرر الذي يلحق بالسفن ناتجاً عن النزاع المسلح وهو ما يسمى بشرط الحرب .

ثم تعرضت انجلترا إلى إغارات التدمير والإحراق التي ألحقت أضراراً جسيمة بالمدن الكبرى ومراكز الإنتاج والجسور والسكك الحديدية إلى آخر ما هو معروف من تاريخ الحرب العالمية الثانية ، وتكررت مواقف شركات التأمين من حيث إنكار المسؤولية عن تعويض الأضرار التي تتجم عن النزاع المسلح وقد وجد أصحاب المصالح المهددة (كأصحاب السفن والعمارات والسكك الحديدية) أنهم قد فقدوا الأمن الذي دفعوا له أثماناً طائلة طوال القرن التاسع عشر وإلى سنة ١٩٤٠ م ، وعندئذ لجأت كل جماعة منهم إلى الدخول في تنظيم تبادلي يسكفل لكل عضو فيه حق التعويض عن الأضرار التي تلحق به .. ويكون التعويض قسمة بين كل أطراف الجماعة ، وتعرف هذه الصورة من صور التأمين الذاتي بأنها تأمين تبادلي .



استطرد : تجدر الإشارة هنا إلى عبارة مشهورة يقال لها التأمين التعاوني وقد يطلقها البعض على ما وصفناه بأنه تأمين تبادلي ونريد أن نلقى بعض الضوء على هذه المفردة « التعاون » التي زحفت على اللغة العربية المعاصرة . فنقول :

يتجه البعض إلى الربط بين التعاون المعروف في زمننا وبين الآية الثانية من سورة المائدة وقد وردت لفظة التعاون في هذه الآية مرتين ولم ترد في غير هذا الموضع من كتاب الله كله ، واستناداً إلى هذا النظر السطحي الأمور قامت حملات الترويج للتأمين التعاوني والجمعيات التعاونية الاستهلاكية وبنوك التسليف التعاوني

إلى آخر ما هو معروف . وإن حرصنا على الفهم الصحيح لكتاب الله جل شأنه يحملنا على التفرقة بين التعاون كمفهوم اقتصادي ، وبين المفردتين الرادتين في سورة المائدة . فأما عن المفهوم الأول وهو التعاون الاقتصادي فنقول إنه الأصل في كل ما نراه من صور تعم البلاد الإسلامية كالجمعيات والبنوك وجماعات التأمين ، وقد نشأ التعاون الاقتصادي في الربع الأخير من القرن الثامن عشر أي من نحو مائتي عام وكان ظهوره في كل من إنجلترا وألمانيا . وكل من البلدين يدعى ميزة سبق إليه . فما هذا التعاون ؟ إنه في المحل الأول ثورة على حرفة التجارة وكان أول هدف له القضاء على التجارة والنجار وذلك عن طريق إنشاء جمعيات تعاونية استهلاكية تتصل مباشرة بمراكز الإنتاج وتقطع أرزاق جميع الوسطاء . وبهذا تحقق العائد الذي يبقى للجماعات المستهلكين فيصيصون شيئاً من الثراء بقطع دابر التجارة والتجار ثم ينتقلون بعد ذلك إلى مرحلة الإنتاج فيجمعون المدخرات والوفور المالية التي تحققت ، ويوجهونها إلى إنشاء مراكز تعاونية للإنتاج .. وهكذا يتطور التعاون ويتدرج من القضاء على التجار إلى القضاء على الصناع ١ .

ولسنا هنا بصدد مناقشة الفلسفة البائرة التي قامت عليها فكرة التعاون وشعاراتها الغثة . ومنها لكل للفرد والفرد لكل ومنها أيضاً فناء الذات في بقاء الجماعات ! لسنا بصدد مناقشة شيء من ذلك ولكننا نقول إن هذا التعاون الاقتصادي بنشأته وتطوره هو الأصل في المبادئ اليسارية المتطرفة ومنها الاشتراكية والشيوعية ، على أن التطبيق في بعض البلاد العربية قد انحرف عن الأصل الذي كان عليه التعاون أول مرة إلى ما هو أسوأ . ومن ذلك مثلاً أن الجمعية التعاونية الاستهلاكية المعاصرة والتي تنشط في بلاد عربية وبلاد إسلامية تتبع ما يلي : تقصر حق العضوية على طائفة بعينها هي طائفة الأعضاء ، ثم تفتح أبواب الانتفاع بها وبخدماتها كإجراء السلع .. وأما الأرباح التي تتحقق من البيع للأعضاء ومن البيع لغير الأعضاء فتذهب كلها إلى أعضاء الجمعية دون سواهم ... وهذا أول انحراف عن التعاون البريطاني

والألماني ثم إن هذا العائد يوزع على الأعضاء وفقاً لمشترياتهم فيقدر ما تزيد مشتريات.
العضو يرتفع نصيبه من العائد — وهذا العيب في التنظيم الاجتماعي يرجع إلى
أصوله التاريخية .

والخلاصة .. إن التعاون الاقتصادي يكافئ المقدر ويضعف من حصة الضعيف .
هذا بالنسبة للأعضاء ثم إنه يحرم الكثرة الغالبة من العملاء من حقهم في فائض
الثمن الذي يسمى بالعائد وهو في الحقيقة ربح التاجر . ومن أرباح التجار تكون
الأرزاق ويتكرر استعمال الدخل . وبحسب التجارة شرفاً ماورد بشأنها في الكتاب
والسنة ، ولتكملة هذا الاستطراد الهام دفعاً للشبهات أن تحوم حول آية من آيات
كتاب الله جل شأنه نقول : إن التعاون الذي ورد في سورة المائدة والذي تحض
عليه الشريعة الغراء له نظير في سورة العصر عند وصف الذين آمنوا وعملوا
الصالحات بأنهم « وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر » . والقول في تأويل كتاب
الله وتفسيره إنما يستمد من أقوال السلف الصالح ومن ذلك ماورد في تفسير
الطبري بالجزء السادس ص ٤٣٠ (المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٢٦ هـ) ،
إذ يقرر ما يلي :

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ، يعني جل ثناؤه .
وليكن بعضكم أيها المؤمنون بعضاً على البر وهو العمل بما أمر الله به . والتقوى هي
اتقاء ما أمر الله باتقائه واجتناب المعاصي ، وقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الإثم
والعدوان » يعني : ولا يكن بعضكم بعضاً على ترك ما أمركم الله بفعله ولا على أنه
تجاوزوا ما حد الله لكم في دينكم وفرض لكم في أنفسكم وفي غيركم — وإنما معنى
الكلام ولا يحملنكم بعض قوم أن صدوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا . ولكن
ليكن بعضكم بعضاً بالأمر وبالإتقاء إلى ما حده الله لكم في القوم الذين صدوكم عن
المسجد الحرام . وفي غيرهم . والإتقاء عما نهاكم الله أن تأتوا فيهم وفي غيرهم
« وفي سائر ما نهاكم عنه . ولا يكن بعضكم بعضاً على خلاف ذلك . وبما قلنا في البر
والتقوى قال أهل التأويل أ هـ : ثم يقول كاتب هذه السطور : أين هذا المستوى

المخلقى الرفيع الذى جاءت به سورة المائدة (فى الآية الثانية) ... من الدعوة السافرة إلى تخريب أرزاق التجار والصناع وربط الاستهلاك بالإنتاج ربطاً مباشراً هو الصورة المبكرة للشيوعية أو الاشتراكية العلمية أو الماركسية فكل هذه أسماء لأفكار متقاربة اجتمعت على تحريم الملكية الخاصة والنشاط الإنتاجى الخاص و انخاذ الحرف لكسب المعاش كل هذا بعيد عن الشريعة السمحاء كل البعد .

ومع ذلك نقول إن علماء الأخلاق المحدثين هم الذين كتبوا عن التعاون بأسلوب منقطع الصلة عن الشررات الاقتصادية الهدامة ووصل هؤلاء العلماء إلى تسكييف لهذه المفردة « التعاون » على نحو يقترب من أقوال المفسرين فقالوا إن التعاون هو الصورة المثلى لكل من السلوك الظاهر والسلوك الباطن لأفراد الناس عند التداعى إلى حشد الجهد وتوجيهها نحو تحقيق الأهداف الخيرة . وهى قسمان ميزان أحدهما إيجابى وهو البر بالناس وتقوى الله . والآخر سلبى رادع يرمى بالامتناع عن الوقوع فى الإثم والقصد إلى العدوان على الآخرين ، وإنما يصل هذا المستوى الأرفع من السلوك الظاهر والباطن فى الحالات التى يسكب فيها الفرد جماح الغضب ويعفرو ويصفح ويعمد إلى الرفق والبر ويأمر غيره بمثل ذلك فى معاملة قوم أبغضهم لأنهم ظاهروا عليه أو بدأوهم أنفسهم بالعدوان .

وأخيراً وصل علماء الأخلاق إلى التوصية بالسلوك الأرفع وهو « التعاون » وقالوا فى وصفه ما يقترب مجرد اقتراب من أقوال السلف الصالح عندما يعرضون لمثل الآيات التى ذكرناها ولمثل قوله جل شأنه « والكاذبين الغيظ والعافين عن الناس » .

جدير بالذكر هنا أن الإشارة إلى صلاحية هذا النوع من العقود للتطبيق فى المجتمع الإسلامى قد تكررت فى أكثر من بحث جرت به أقلام المتشددين (فضلاً عن الأخذ بالتيسير على الناس) حتى لا يقال بأن الشريعة الإسلامية جامدة تضيق بالتطور الاقتصادى الكبير .

وأريد فى خصرص ما تقدم أن أتساءل لعل أرى الحكمة فيما يراه المجتهدون بشأن التأمين التعاونى.. وذلك :

أولاً : هل قامت في المجتمع الإسلامي حاجة إلى هذا العقد الذي يوصف بأنه مستحدث ، وضائق الشريعة الإسلامية بسد هذه الحاجة؟ وفي أى مجال كان ذلك؟ الحياة؟ أم حوادث السيارات؟ أم خسارة المال بالحريق والكوارث؟

ثانياً : إذا كان المجتمع الإسلامي لا يعرف هذه الصورة التي لجأ إليها أقوام خلت أديانهم من النظم الاجتماعية والمالية والاقتصادية، فهل يجوز القول بأن الشريعة الإسلامية مفروض عليها أن تقعد لاجتهاد كل إنسان ، وإن جاء بما أغنت عنه الشريعة ، ونحن نعلم أنها وحدها صالحة للناس جميعاً ، وأنه لا محل للاجتهاد ابتداء إذا كانت الصورة الشرعية وافية بالغرض .

ثالثاً : إذا أجزنا التأمين التعاوني ، فهل هو بديل عن التكافل الإسلامي القائم على الزكاة والصدقات وما يلتزم به بيت مال المسلمين ، أم إنه إضافة وتحسين لأن النظام الإسلامي غير واف بالغرض ؟

ومتى كان الفقر أو الموت أو الأحداث والكوارث صوراً حديثة في المجتمع البشري — أى جديد في موت آدمي وترك عياله من بعده واحترق الدار بما فيها أو بمن فيها وغرق السفينة وثوران البركان وتشقق الأرض حتى تغيب فيها القرى كاملة ، ما هو الجديد في هذا كله حتى يحتاج الناس إلى جديد من صور العقود ؟ فإن كان حقاً أن هذه العقود جديدة وصالحة (سواء أكانت للاستغلال أم كانت للتكافل الإنساني) فكيف خلت منها شريعة نعلم أنها من عند الله وأنها كاملة ؟

أولاً يرى الباحث أن في إجازة التأمين التعاوني (كصورة حديثة من العقود لصور قديمة وأزلية من الضرر) تسليماً ضمنيّاً بأن الشريعة قاصرة ؟ وإلا فكيف أغفلت القديم الأزلي مما تزخر به الحياة البدائية ، وكذا الحضارات جميعاً ؟ .

رابعاً : ما هو التكيف الشرعي لحق الضرر (أو ورثته) في الاستيلاء

على مبالغ أودعها الآخرون .. أهو التبرع ؟ فأين الزكاة ؟ وكيف لا تكون الزكاة كافية ، وهل جمعناها ووجهناها في مصارفها ثم قصرت فجاء المجتهدون لإجازة صورة حديثة من التكافل على أساس التبرع ؟ .

فإن لم يكن التبرع هو أصل الحق في الاستبلاء على هذا المال ، فهل هو المعاوضة ، أو ليس في هذا العقد غرر ؟ وما من ضرورة ملجئة ولا أمر حازب مستحدث أجبنا إلى هذه الإجازة ؟ .

وما لم تكن الإجابات عن هذه الأسئلة مقنعة ، فإن الرأي الذي أقت عليه إلى يومنا هذا ، باق إن شاء الله تعالى ، ويتلخص في أن إجازة التأمين التعاوني يثير طائفة من الاعتراضات ، أهمها :

١ — أنه مشوب بالغرر ، إذ لاحق للمضروب ولا لورثته في أموال الآخرين كأثر من آثار التعاقد . (يلاحظ هنا أن المعاملة رهان) .

٢ — القول بأنه تبرع وبأن دوافعه إنسانية وبأنه خال من استغلال الآخرين ، قد يكون قولاً مسموعاً في غير البلاد الإسلامية .

٣ — ليس فيه جديد ، وفي النظام المالي الذي جاء به الإسلام غناء عنه .

والخلاصة . إن كاتب هذه السطور لا يسمح لنفسه بالتجاوز عن خطأ مشهور يمس الفهم الصحيح لكتاب الله جل شأنه ومن ذلك : الزعم بأن التعاون الاقتصادي عموماً أوصت به الشريعة وجاء ذكره في سورة المائدة ، وليس كذلك ، ومن ثم تكون التسمية المفضلة عندنا عن صور التأمين الذاتي ، حال تطبيقه فيما بين الجماعات ، هي « التأمين التبادلي » .

التأمين التجاري

لقد عرضنا فيما تقدم إلى التأمين المبرأ من استغلال حاجة الناس للامن والمبرأ أيضاً من القصد إلى استغلال كوارث الناس وقلنا إن تحقيق ذلك يكون بإحدى وسيلتين أو بهما معا .. فتولى السلطات العامة بعض أنواع التأمين ويتولى أفراد

الناس وجماعاتهم الدخول في تنظيمات للتأمين الذاتى. وننقل الآن إلى التأمين التجارى وهو الغالب فى العالم إلى وقتنا هذا فنقول : تنولى الشركات المحترقة لوظيفة التأمين دراسة الظواهر الطبيعية والاجتماعية وجملة الحوادث التى تقضى على الاموال والانس ، وتقوم بتصنيفها وتبويبها وتتبع فى ذلك أدق الدراسات الرياضية وبعض النظريات المسلمة كنظرية الاحتمالات ونظرية الأعداد الكبيرة وتتخذ من هذا كله مادة للدعاية وتزعم بأنه من المستطاع بالدراسات الرياضية وبالجدول الخروج من متاهات الجهالة الى اليقين ومن الأمثلة التى يضربونها ما يأتى :

يقولون إذا نظرنا إلى مائة ألف شخص فى سن العشرين فإن أحداً لا يستطيع أن يقول متى يحل أجل زيد أو عمرو من هذا الجمع الفقير من الناس . ولكن جمع البيانات الدقيقة عن المواليد والوفيات تقطع بأن من هذا العدد الذى ذكرناه سوف يموت حتماً ألف ومائتان وتسعة وعشرون فى سن الشباب قبل بلوغ الخامسة والعشرين من العمر . ونلاحظ هنا أن أحداً من خبراء التأمين لا يزعم لنفسه القدرة على القول بأن واحداً من هؤلاء الذين تقدم ذكرهم سيكون بين الموتى أو بين الأحياء عند انقضاء خمسة أعوام على بدء الدراسة الميدانية . وهذا فى الغالب لا يخرج عن السنن الكونية ، فله جل شأنه قد خلق الموت والحياة وفرض للأحياء آجالاً وأرزاقاً . . فلا تريب إذن على هذا النوع من الدراسات الميدانية . وبالتوسع فى التطبيق الرياضى يمكن تحديد الأرقام التفاوتة لسكل خمسة أعوام تالية لسن الخامسة والعشرين إلى متوسط العام للأمم وهو بين الخمسين والستين . ثم إن الأرقام تختلف فى إحصاءات النساء عنها فى إحصاءات الرجال كما تتفاوت من بيئة اجتماعية إلى بيئة أخرى . . وهكذا نجد أن قدراً كبيراً من تحديد الأقساط يبنى على أسس رياضية وعلمية بالغة الدقة . ومثل ذلك يقال عن الحوادث بل عن كل نوع من أنواع الحوادث كالسرقات التى تقع نهاراً وتلك التى تقع ليلاً والحريق صيفاً وشتاءً . . . وهكذا .

ومحل النظر هنا أن الدعاية للتأمين وأن تقويم هذه الوظيفة كفرع هام من فروع النشاط الاقتصادى يقتصران على ذكر الحقائق العلمية ، كتملك التى ضربنا بها (١١ — عقود)

الأمثال . ولا يحىء ذكر الآثار القريبة والآثار البعيدة المدى ، كما لا يحىء ذكر الربح الوفير الذى يتحقق من ممارسة هذه الوظيفة . وهذا ما نشير إليه فيما يلى :

الآثار الاقتصادية للتأمين التجارى

فأما الآثار القريبة المدى فإنها معلنة وتتلخص فى تخفيف وقع الضرر على الفرد بفقد ماله ، أو على الأسرة بفقد العائل فإذا اقتصر النظر إلى آثار التأمين على هذا الحد جاز القول بأنه عمل خير ومفيد .. ولكن الآثار البعيدة المدى أشد خطورة من كل ما عرفته المدنية المادية المعاصرة من وسائل إذلال الشعوب .. ذلك أن شركات التأمين بوسائلها هذه تتحكم فى مدخرات الأفراد والجماعات تحكما يجعل لها السلطان لا على الجماهير وحدهم بل وعلى الحكومات . ومعلوم أن الصهيونية العالمية لها سلاحان قاطعان ، أحدهما التحكم فى وسائل الإعلام كدور الطبع والنشر وشركات الصحافة فى كل بلاد العالم وشركات إنتاج الأفلام ودور العرض ووكالات الأنباء وكل ما يمر بالخاطر من وسائل نقل المعلومات ونشرها والترويج لها . وفى هذا ترتكب الصهيونية من التزوير وتكدير الوقائع التاريخية والمعاصرة ما يضيق المجال عن ذكره فى هذه العجالة . ومن أقرب الأمثلة التى مرت بسكاتب هذه السطور إعداد مصور جغرافى تاريخى لأرض الميعاد التى تمتد فى نظر الصهيونية من نهر الفرات إلى نهر النيل وإن المطلع على هذا المصور ليجد فى مادته آثاراً ظاهرة العلم الصحيح وكتابها من أقدر كتاب العالم ١ وقد اقترنت المصورات الجغرافية الأثرية التى ترجع إلى ألوف السنين بشروح مستفيضه كما تدرج هذا المجلد الضخم بما احتواه من المعلومات عبر القرون حتى وصل إلى القرنين الأخيرين فزاد التفاصيل وجاء بالوثائق الدولية محرفة أو مشوهة أو مبتورة ومن بين يديها تعقيبات لا يخفى على القارئ كنهها ، ومن تفاصيل الخطة المتبعة فى إعداد هذا المصور الجغرافى التاريخى ونشره أن جعل ثمن النسخة الواحدة منه نحو مائة وعشرين جنياً استرلينياً مما يجعل تداوله مقصوراً على المسئولين والأثرياء فلا يصل شىء من ذلك إلى رأى العام — وبهذا القدر نكتفى بخصوص وسائل الإعلام التى يتحكم فيها قادة الفكر الصهيونى وننتقل إلى سلاحهم الثانى وهو التحكم فى السيولة الدولية أى التحكم فى المال الحاضر ، ومن أكثر فروع

النشاط التجارى قدرة في. هذا المضمار وظيفة التأمين التجارى بأنواعه الكثيرة كالتأمين على الحياة ، وضد الحوادث ، والتأمين الصحى .. إلى آخر ما هو معروف ، ويكفى للتدليل على الوزن الكبير لموارد التأمين أن نقول إن شركة واحدة من شركات التأمين الكبرى تستطيع أن تمت الصناعات ودوائر الأعمال بأقدار من المال الحاضر تزيد فى جملتها على ما تطيقه جملة المصارف فى البلد المعين الذى تنشط فيه شركة التأمين هذه ، وما بنا من حاجة إلى التحديد فى مثل هذه الحالة الدقيقة .. ومن أجل ذلك سنعرض فى الفقرات التالية بإيجاز لأهمية الدراسة الرقمية .

الدراسة النظرية

فى متابعة الكلام عن واقع التأمين لا ننسى الهدف الأخير وهو تبيان حقيقة الحال لكل صورة من صور التأمين ، لعل فى ذلك ما يساعد على القول بالإجازة أو بالمنع وسنضرب بعض الأمثال التى توضح أهمية دراسة الأوزان ، أى دراسة الناحية الكمية أو الرقمية فنقول :

أولاً : من التحليل الذى أجراه روبرت ديجلس وجيروم ميلر فى كتابهما عن أصول التأمين وأساليبه العملية يتضح أن صناعة التأمين فى الولايات المتحدة تقع فى الميادين الآتية بالنسبة لنموية المذكورة قرين كل ميدان :

التأمين على الحياة لصالح الورثة أو لصالح طالب الأمن إذا امتد به الأجل يستغرق من صناعة التأمين ٣٠ ٪ والتأمين من أجل الحصول على معاشات ثابتة فى السن العالية إلى أن يحل الأجل ٢٠ ٪ — والتأمينات الخاصة بموظفى الدولة فى الولايات المتحدة ٢ ٪ — والتأمين ضد الحوادث مضافاً إليه التأمين الصحى ١٢ ٪ وتأمين الأعيان والممتلكات والأموال مضافاً إليه التأمين ضد الأحداث والخسائر الناجمة عن الحريق والغرق والسرقة ٣٦ ٪ — وجملة ذلك ١٠٠ ٪ .

والواقع أن هذا التحليل لا يصل فى التفصيل إلى الحد اللازم للدراسة الشاملة ، وإنما أردنا بذلك هذه الأرقام الإجمالية أن نبين أهمية الأوزان ، ومن ذلك أن البتدين

(١) الأرقام التى تشرها شركات التأمين واضحة الدلالة وإكنا فغفلنا إغفال ذكر أسماء الشركات وأرقامها المعلنة

الأول والثاني وهما التأمين على الحياة ومن أجل معاشات السن العالية يؤلفان معاً
(٣٠٪ + ٢٠٪ = ٥٠٪) .

ومعنى ذلك أن نصف صناعة التأمين يتجه إلى الحياة ، فلو أن السلطات العامة سارت قدماً في دراسة نظم المعاشات وتوفير الأمن للأسرة بعد فقد العائل على نحو ما أوصى به علماء المسلمين في مؤتمراتهم التي عقدت في دورات متتالية من سنة ١٣٨٠ هـ. إلى الآن ... نقول لو أن الحكومات في البلاد الإسلامية سارت قدماً في هذا الاتجاه الذي بدأته لكان حتماً أن تضيق سوق التأمين التجاري في بلاد المسلمين بنسبة النصف ، وهذا الوزن الهام جدير بالانتظر ويشجع على اتخاذ المزيد من الدراسة النظرية والتطبيقات العملية التي تهدف إلى إيجاد مظلة تمتد إلى الجانب الأكبر من المجتمع وفقاً لما هو ثابت في السنة الشريفة كما في قوله عليه الصلاة والسلام (من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً أو ضياعاً فعلى وإلى) والضياع بكسر الضاد جمع ضائع مثل الجياع جمع جائع — على ما هو معروف من غير شك — وإنما نذكر .. كما أوصانا الحق تبارك وتعالى في قوله واذكر فإن الذكرى تنفع المؤمنين ، وفي هذا الحديث الذي ذكرناه أكثر من حرف واحد (١) بغير خلاف في المعنى .

ثم نقول ثانياً إن الغرر عنصر يدخل في اعتبار الفقه الإسلامي عند لزوم الاجتهاد بشروطه — ومن ثم كان تحديد القدر المعين من الغرر في كل صورة من صور التأمين أمراً جوهرياً لاستكمال القول في (واقع التأمين) ، وعن الغرر وأوزانه نضرب بعض الأمثال :

في السفر بطريق الجو يزدحم العالم المتقدم بوفرة مذهلة .. ونجد في الأبهاء والممرات الطويلة في المطارات الدولية ، نجد ما كينات ومن حولها تعليمات واضحة إذا اتبعها المسافر فإنه يستطيع في نصف دقيقة أن يؤمن حياته بعشرة آلاف دولار، مثلاً، نظير دولار واحد يسقطه في ثقب معد لهذا الغرض فتتحرك الأجهزة الداخلية لهذه الآداة وتوثق التأمين الثابت في مستند يكتب عليه المسافر اسم المستفيد بمبلغ

(١) « صرف واحد ، بمعنى نص أو قول

التأمين والعنوان والصفة المميزة لهذا المستفيد ثم يطوى المستند بعد اعتماد أوتوماتيكيا ويلقى بالمستند فى صندوق البريد المجاور للجهاز الآلى سائف الذكر وفى زاوية من مستند التأمين أو البوليصة نص صريح على أن رسم البريد خاص مقدما بمعنى أن كل واحدة من هذه البوالص قد كانت محل اعتماد مصلحة البريد قبل عرضها على طلاب الأمن أو ستكون محل توقيع الرسم عليها بعد إرسالها بمعرفة طالب الأمن .

والخلاصة إن عملية تأمين الحياة فى الرحلة المعينة بمبلغ عشرة آلاف دولار وتكلف دولاراً واحداً .. لا تقف فى سبيلها عقبة واحدة ، فرسم البريد خاص والوثيقة مهيأة للطى والتصميغ وصندوق البريد مجاور وما على المسافر إلا أن يتخذ ما تقدم بيانه من إجراءات يسيرة ... وأكثّر من كل ما تقدم تنتشر الفتيات بائعات الأمن فى الأبنية ومجوار مكاتب حجز المقاعد على الطائرات وتعرض الخدمة ذاتها بأسرع مما تؤديه الأجهزة التلقائية (الأتوماتيكية) لأن هذه الأجهزة تستلزم بعض المراجعة انصروص التعليمات المعلقة عليها، ومن ثم تستلزم الفهم والتصرف وفقاً لما هو مفروض على المسافر أن يفعله وهذا تكون خدمة الفتيات ذات أهمية خاصة، ثم يتجه المسافر إلى الطائرة ويصل إلى نهاية الرحلة ويفقد الدولار ولا يستحق المستفيد شيئاً من العشرة الآلاف المؤمن بها على حياة المسافر ، فكم يبلغ الضرر هنا ؟ هل يقدر الضرر بالدولار الواحد الذى دفعه المسافر نظير الأمن فى رحلة واحدة أم يقدر بالملايين التى تجمعها شركات التأمين بمثل هذه الأساليب البارعة والمستندة إلى دراسات رياضية ونفسية عالية الكفاءة ؟

وغنى عن البيان أن المسافر يستطيع أن يضاعف مبلغ التأمين ضعفين أو أضوافاً كثيرة نظير منعاغة الرسم الذى يدفعه فى ثقب الأداة التلقائية أو فى يد الفتاة بائعة الأمن .

ونقول ثالثاً عن التأمين الصحى ما يلى :

فى بعض البلاد المتقدمة ولنضرب مثلاً بالولايات المتحدة تمارس شركات متخصصة وظيفة التأمين الصحى ويتراوح الرسم المقرر على الأسرة الواحدة بين ٧٥ دولاراً، (١)

(١) الأرقام الواردة فى هذه الفقرة تؤدى وظيفة المؤشرات الحسابية ، فقط ، وأما واقع الحياة العملية ففيه تناوت ومد وجزر

و ١٥٠ دولاراً في العام الواحد.. حسبما تكون عليه حال الأسرة من حيث إنفاقها تتألف من فرد واحد أو من زوجين وأطفال الخ، ويبلغ عدد الأسر في الدولة المذكورة نحواً من ٧٠ مليون أسرة وجملة المبالغ التي تحصل عليها شركات التأمين الصحي نظير خدمتها هذه تصل إلى ما يقرب من ستمائة مليون دولار في الشهر الواحد.. والانتفاع بالتأمين شروط وأوضاع معلومة وبدخل عليها التعديل من وقت لآخر.. ومن ذلك مثلاً أن علاج الأسنان بجماعته وتفصيلاته مستبعد تماماً بمعنى أنه خارج عن التعاقد، وأثمان النظارات الطبية.. ومن الجراحات ما لا تتحمل شركات التأمين تكلفته كلها أو بعضها ومن الدواء مثل ذلك. وينقضى العام وتشعر الأسرة بأنها قد لقيت من الخدمة الطبية ما يعرضها عما دفعت، رغم كل القيود التي أشرنا إلى بعضها.. ل قد ينقضى العام والأسرة بمنجاة عن المرض والحاجة إلى قضاء أيام في المستشفيات ومع ذلك تجد الأسرة أنها لقيت من الأطمئنان ما يعادل الرسم الذي دفعته. وتدور عجلة الزمان والحال على ما تقدم بيانه. وبقياس رسم التأمين إلى دخل الأسرة في العام الواحد بالو يات للمتحدة نجد أن الغرر الذي ينطوي عليه العقد من وجهة نظر الملتزم بالتأمين هو غرر بسيط. وبخاصة وأن الكثيرين يدفعون فعلاً بالخدمات الطبية والغروق بين التكلفة الفعلية وبين الرسم هي فروق يسيرة بالزيادة أو بالنقص ولكن إذا نظرنا إلى حصيلة الرسوم التي تجمعها شركات التأمين الصحي وهي تبلغ نحواً من سبعة آلاف مليون دولار في العام الواحد، والفائض منها شيء كثير، فهل يقاس الغرر عند المؤمن أم عند المؤمن له ؟

وهكذا.. يتضح أن الدراسة الرقمية والإحصائية تزيد الواقع وضوحاً وتحددأ. ولعلنا أطلنا كثيراً.. ولكننا نريد أن ننفي مزاعم المروجين للتأمين التجاري، إذ قالوا: إنه كفاح العقول الجبارة المستنيرة في مواجهة قوى الحظ الغشوم الذي قد يصيب زيدا ويخطيء عمروا.. ونقول هذه دعاية.. أما الحق فهو أن التأمين التجاري قمار.. قال بذلك: لورد ما نسفيلد وقال به أيضاً شارح القانون الإنجليزي للتجارة « ستيفن steven » وشارح آخر اسمه « سلوتر slater » وقال به كذلك قاموس أو كسفورد.. ولقد سبق أن أشرنا إشارة عابرة للمراجع

الأجنبية في صفحة ١٦ من المذكرة الأولى المقدمة في (جماد أول ١٣٩٤ هـ)^(١) ولكن أهمية الموضوع تقتضى أن نعود للعراجع ذاتها فتأخذ عنها بعض الفقرات ومن ذلك :

يقول سلوتر slater في كتابه عن قانون التجارة بانجلترا ما يلي في صفحة ٢٨٠ من طبعة سنة ١٩٦١ م : « التأمين هو شراء الأمن » أما النص الانجليزي فنورده أيضاً دفعاً لكل شبهة تصرف في الترجمة ، قال « سلوتر » :

insurance is the purchase of security

وليس بعد هذا التعبير من بيان دقيق في اللغة الانجليزية . ثم يمضى « سلوتر » ليقرر ما يلي : ... ذلك أن طالب الأمن مدفوعاً بالرغبة في حماية نفسه ضد خطر ما فإنه يشتري من المؤمن حق التعويض إن وقع الضرر بسبب ذلك الخطر ، ويقال لثن الشراء « جعل » أو « قسط » ، وغالباً ما يكون دفعة سنوية ، ويندج وعد المؤمن بالتعويض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده . فيما يقال له « بوليصة » .

وإذ حددنا المرجع والصفحة فلا حاجة بنا إلى نقل النص الانجليزي كله ولكن من المفيد أن نقف عند عبارتين .. الأولى : قوله عن طالب الأمن إنه يشتري من المؤمن حق التعويض .. وهذا هو الأصل الانجليزي :

the insured purchases from the insurer the right to be indemnified

والعبارة الثانية ماورد بشأن البوليصة « policy » وهي صك التأمين . فلنرجع إذن لمعجم معتمد هو قاموس أو كسفورد ، ونكشف عن تطور هذه

(١) الإشارة إلى مذكرة مقدمة إلى هيئة كبار العلماء ، بالمملكة العربية السعودية وقد وِدت مع غيرها في كتاب خاص بالتأمين للمؤلف ، عنوانه ، « التأمين بين الحل والتحريم »

المفردة من تاريخ غير بعيد (١٥٦٥ م) فوجد أنها مشتقة من أصل لغريقى قديم يدخل فى مادة الإعلام والإثبات . ثم اختصت بعقد الشحن والتأمين ، ثم حملت معنى التعهد بدفع مبلغ من المال فى حالة وقوع حادث ما ، نظير مبلغ من المال تشهد الوثيقة بأنه قد تم تحصيله من طالب الأمن .. وفى سنة ١٩٢٥ م خرج المعنى إلى ظل جليد هر « سند مشروط بنسيجة رهان » وأخيراً اتخذت هذه الكلمة للدلالة على « رهان أو أسلوب للمقامرة .. وتحدد فيه الأنصبة بحسب الأرقام » ظهر هذا المعنى فى الولايات المتحدة تم فى إنجلترا بين عامى ١٦٢٣ و ١٦٢٥ للميلاد — ولذلك قال اللورد ما نسفيلد ما يلى بالنص :

Insurance is a contract on speculation" and this being the case it is frequently hard to distinguish, as regards principle, a contract of insurance from an ordinary wager.
(Stevens Elements of Mercantile Law. 1920. Butterworth & Co. London ,

والترجمة الحرفية كما يلى : « التأمين عقد يقوم على المجازفة . ومن حيث كان الأمر كذلك فإنه كثيراً ما تصعب التفرقة (من حيث النأصيل أو التقعيد) بين عقد التأمين وعقد الرهان العادى .

وقد أورد شارح القانون الانجليزى للتجارة « جوردون بورى » الأستاذ بجامعة برمنجهام بانجلترا هذا النص فى الطبعة الرابعة عشرة من شرح ستيفنس . وقد جئنا بالبيانات الكاملة عن هذا المرجع فى آخر المذكرة رقم ١٨ من مذكرتنا الأولى ، وجدير بالذكر هنا أن هذه الآراء ثبت عليها الشراح الانجليز فيما بين سنة ١٩٢٠ م وسنة ١٩٦٥ م — ولمزيد من البيان يمكن الرجوع إلى موضوع التأمين فى الطبعة المذكورة (الرابعة عشرة) من صفحة ٣١٩ إلى صفحة ٣٦٧ .

إذن : شراح القانون الانجليزى للتجارة ، ومعاجم اللغة الانجليزية بدورها . ثابتة على القول بأن التأمين بيع وشراء ، ورهان وقمار . فكيف جاز لشرح القانون العربى أن يختلفوا .. والآية السكرية عندهم برهان ونور وهدى ، إذ ضرب الله لنا مثلاً بالموقف الذى كاد فيه سيدنا يوسف أن يظلم . فقال تعالى : « وشهد شاهد من

أهلها... لقد نشأ التأمين التجارى فى مقهى « لويديز » ومن المعقول أن نستمع لأراء الانجليز (قبل غيرهم) فى أمر ابتدعوه ، أما أن ندافع عنه نحن المسلمين بحجة عموم البلوى على حير أن المسئولين عن مولده يهتموه فهذا مالا نجد له سنداً من منطق البحث العلمى .

صور خاصة

وفى التأمين صور مستحدثة تستحق الوقوف عندها لدراسة الحاجة إليها وماتتطوى عليه من جهالة وغرر .. وما تؤديه مع ذلك من خدمة فى النشاط الاقتصادى يصعب معها إسقاطها من الحساب ، ومن ذلك مثلاً « التحريط hedging » .

ويتلخص فى أن التاجر أو الصانع يحرص على تأمين ربحه المشروع من عمله الذى لا غبار عليه ، فيلجأ إلى العقود الآجلة . وكذلك الحال بالذبيبة للمقاول .

ومن الصور الخاصة ما استجد من أسماء ومسميات تدور كلها حول تخفيف الآثار التى تقع على الفرد حال حياته أو تقع على أسرته من بعده . واثمن كانت هذه الصور تحمل أسماء خاصة بها ، إلا أن طبيعتها من طبيعة « التأمين » نريد بذلك التأمينات الاجتماعية، والضمان الاجتماعى، والتكافل الاجتماعى والتأمين الهندسى . إلى آخر ما ينحته خبراء الصياغة من مفردات ومن عبارات . كما أن إعادة التأمين امتداد للوظيفة الأصلية وهى بيع الأمن وتوزيع المخاطرة لقاء الثمن الذى يقال له « رسم التأمين premium » وكذلك نظام المعاشات .

والخلاصة

أولاً : إن الخوف والقلق والارتباب ، حالات تخالط النفس البشرية ، ومن حق كل فرد أن يسعى إلى إزالة أسباب هذه الحالات وعليه أن يتحرى الوسائل المشروعة للوقاية من آثار الأخطار .

ثانياً : الحوادث التي تصيب النفس والأموال تراكب الحيا ، البشرية من أول العهد بها وليس فيها جديد ، فلا الموت ولا النرق ولا الحريق ظاهرات مستحدثة ، بل هي من سنن الكون ، ولذلك لا يجوز القول بأن النأمين قد جاء لمواجهة الجديد من أحداث الزمان ، ومن ثم يبدأ البحث على أسس من الإيمان بأن الشريعة قد وسعت هذا كله . . . وإنما بأساليبها النقية العادلة .

ثالثاً : الأمن مطلب فطري ، وتوفيره يدخل في نطاق الوظائف العامة التي تتولاها الدولة بأجهزتها . ومن الحالات ما يمكن للأفراد أن يواجهوه بالتكافل فيما بينهم تحت إشراف ولي الأمر ، وفي نطاق الشريعة .. وهذا هو النأمين التبادلي .

رابعاً : التأمين التجاري استغلال واسترباح ، وهو بشهادة من ابتدعوه مناف للأخلاق ويشابه القمار . . . ومن ثم كان انتشاره وبالا على اقتصاد العالم ، ويتعين العمل على الخلاص منه تدريجياً بتنفيذ ماتقدم من إشارة في البند السابق .

خامساً : يمكن تعميم الحكم في خصوص الربح من التأمين ، فيقال مثلاً بأن عملاً كهذا لا يستقيم مع السلوك الراشد المنصف . . . وفيما عدا هذا التعميم نرى أن يكون لكل صورة من صور التأمين المعاصر حكم خاص بها يصدر عن الجهات المأذونة بالإفتاء .

أهم المراجع لبحث (التأمين) :

- ١ — مهرجان شيخ الإسلام الإمام ابن تيمية - دمشق — شوال ١٣٨٠ هـ .
- ٢ — أصول التأمين وأساليبه العملية :
تأليف : روبرت ريجل ، جيروم س . ميللر .
- ٣ — قانون التجارة الانجليزي ، تأليف « سلوتر » طبعة سنة ١٩٦٢ .
- ٤ — مبادئ القانون التجاري في إنجلترا ، تأليف « ستيفنسون » (الطبعة ١٤)
- ٥ — بحوث قيمة لبعض الأعلام الذين كانوا معاصرين ، ثم سبقوا إلى الدار
الباقية ، ونخص بالذكر منهم : المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة والمرحوم الشيخ
عيسوي أحمد عيسوي .. جزاهم الله عن الإسلام خيراً .

المبحث السادس

القرض والقراض

* اعترف المستشرقون بأن القراض هو الأصل في كثير من عقود الشركات التي عرفت في فرنسا ثم أوروبا في النهضة التشريعية التي بدأت في القرن التاسع عشر .. ولا تزال .

* والأصل في القرض أنه صدقة .. وفي القراض أنه شركة .

* وفي قول الإمام مالك الذي جئنا به في صدر الكلام عن القرض والقراض .. حكمة بالغة .. ويطيب لنا أن نتأمل هذا القول مراراً وتكراراً .. لنرى واحداً من أهم أسباب الضياع الذي تشكو منه أجيال الأمة الإسلامية .

قول مالك في وكالة الذمي ومشاركته ومقارضته :

أولاً — في الوكالة :

قلت أرأيت إن وكلت ذمياً في أن يسلم لي في طعام أو إدام أو رقيقاً أو حيواناً فدفعت إليه الدراهم .. قال : قال مالك ، لا تدفع إلى النصراني شيئاً يبيعه لك ولا يشتري لك شيئاً من الأشياء ولا تستأجره على أن يتقاضى لك شيئاً ولا تبضع معه .. ولا يجوز شيء مما يصنعه النصراني للمسلمين في بيع ولا شراء إلا أن يستأجره للخدمة ، فأما أن يستأجره أن يتقاضى له أو يبيع له أو يشتري له شيئاً ، فلا يجوز ذلك .. قال وكذلك عبدك النصراني لا يجوز لك أن تأمره أن يشتري لك شيئاً ولا يبيعه ولا يتقاضى لك .

قال مالك : ولا ينبغي للمسلم أن يمنع عبده النصراني أن يشرب الخمر أو يأكل الخنزير أو يتناهما أو يأتي الكنيسة لأن ذلك من دينهم .

(قال) فقلت لمالك : هل يشارك المسلم النصراني ، قال لا .. إلا أن لا يورثه ببيع شيء .. ويلى المسلم البيع كله .. فلا بأس بذلك ..

قال ، فقلت لمالك : أيساقى المسلم النصراني ؟ قال لا بأس إن كان لا يعصر خمرًا .

قال ابن قاسم يريد مالك بقوله « ألا يوكله » أن لا يغيب على بيع ولا شراء إلا بحضوره المسلم .

ثانياً — فى المشاركة:

قلت : هل تصلح شركة النصراني المسلم ، واليهودى المسلم . فى قول مالك ؟ قال لا .. ، إلا أن يسكون لا يغيب النصراني واليهودى على شيء فى شراء ولا بيع ولا قبض ولا صرف ولا تقاضى دين إلا بحضوره المسلم معه ، فإذا كان يفعل هذا الذى وصفت لك وإلا فلا .

ثالثاً — فى المقارضة :

(قال) وقال مالك لا أحب للرجل أن يقارض رجلاً .. إلا رجلاً يعرف الحلال والحرام فى البيع والشراء (ابن وهب) عن ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب أن سعيد بن المسيب قال : لا يصلح أن يقارض الرجل اليهودى والنصراني . (وقال الليث) ، وقال ربيعة : لا ينبغي له أن يقارض رجلاً يستحل فى دينه أكل الحرام .

مادة « قرض » فى معجم اللغة

قال ابن فارس فى « معجم مقاييس اللغة » القاف والراء والضاد أصل صحيح وهو يدل على القطع ، يقال قرضت الشيء بالمقراض ، والقرض : ما تعطيه لإنسان من مالك ، وكأنه شيء قد قطعت من مالك ، والقراض فى التجارة هو من هذا ، وكأن صاحب المال قطع من ماله طائفة وأعطاه مقارضة ليتجر فيها .. ويقال إن فلاناً وفلاناً تقارضا الثاء : إذا أتى كل واحد منهما على صاحبه وكأن معنى

هذا أن كل واحد منهما أقرض صاحبه ثناء كقرض المال ، وهو يرجع إلى القياس الذي ذكرناه (١) .

ويقول الزمخشري : ق ر ض — قرض الثوب بالمقراض وقرضته الفأرة وهذه قراضات الثوب :

وقرض الشيء بناه : قطعه ، . . . واستقرضته فأقرضني واقترضت منه كما تقول : استلفت منه ، وعليه قرض وقروض ، وقارضته مقارضة وقراضا أعطيته المال مضاربة . ومن المجاز قرضت القوم : جزيتهم ، وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال (٢) .

قال الراغب الأصفهاني « قرض » القرض ضرب من القطع وسمى قطع المكان وتجاوزة قرضا وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال « أى تجوزهم وتدعهم إلى أحد الجانبين ، وسمى ما يدفع الإنسان بشرط رده قرضا . . . وكذلك المقارضة فى الشعر والقريض للشعر مستعار (٣) .

وفى كتاب النهاية فى غريب الحديث نرى أن الاقتراض افتعال من القرض وهو القطع . ومنه حديث أبى الدرداء : إن فارضت الناس قارضوك : أى إن ساءلهم ونلت منهم سبوك ونالوا منك وهو فاعلت من القرض (ومنه الحديث الآخر) أقرض من عرضك ليوم فقرك : أى إذا نال أحد من عرضك فلا تجازه ولكن اجعله قرضا فى ذمته لتأخذه منه يوم حاجتك إليه . . . يعنى يوم القيامة .

(وفى حديث أبى موسى وابن جعفر) اجعله قراضاً ، والقراض المضاربة فى لغة أهل الحجاز (٤) .

(١) معجم مقاييس اللغة ج ٥ ص ٧١ ، ٧٢ طبعة الحلبي ١٣٦٩ هـ .

(٢) أساس البلاغة للزمخشري ص ٣٦٢ عمود ٢ طبعة أولاد أورفاند ١٩٥٣ م .

(٣) الراغب الأصفهاني المفردات فى غريب القرآن ص ١٠ المطبعة الميمنية

بمصر سنة ١٣٢٤ هـ .

(٤) النهاية فى غريب الحديث ج ٣ ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ المطبعة الشامية ١٣١١ هـ

(لابن الأثير) .

« مادة القرض في القرآن الكريم »

تتبع الأستاذ / محمد فؤاد عبدالباقى فى كتابه « المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم »^(١) مادة القرض وما تصرف منها فى كتاب الله ثم أحصاها فى المواطن الآتية :

رقم الآية	أسم السورة	رقمها	تقرضهم : وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال وهم فى فجوة منه .
١٧ ك	الكهف	١٨	
رقم الآية	أسم السورة	رقمها	أقرضتم : وآمنتم برسلى وعزرتهم وأقرضتم الله قرضاً حسناً
١٢ م	المائدة	٥	
رقم الآية	أسم السورة	رقمها	أترضوا : إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضاً حسناً يضاعف لهم .
١٨ م	الحديد	٥٧	
رقم الآية	أسم السورة	رقمها	تقرضوا : إن تقرضوا الله قرضاً حسناً يضاعفه لكم ويغفر لكم .
١٧ م	التغابن	٦٤	
رقم الآية	أسم السورة	رقمها	يقرض : من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له .
٢٤٥ م	البقرة	٢	
رقم الآية	أسم السورة	رقمها	٢ من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له .
١١ م	الحديد	٥٧	
رقم الآية	أسم السورة	رقمها	أقرضوا : وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأقرضوا الله قرضاً حسناً .
٢٤٥ م	البقرة	٢	

(١) المعجم المفهرس ص ٥٤٢ - ٥٤٣ - سنة ١٣٧٨ هـ ويلاحظ أن الأستاذ محمد فؤاد عبدالباقى يرمز بحرف م إلى أن الآية مدنية وبحرف ك إلى أنها مكية.

رقم الآية	اسم السورة	رقمها
٢٤٥ م	البقرة	٢
قرضا : من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا		
من ذا الذى يقرض الله قرضا		
حسنا فيضاعفه له .		
١١ م	الحديد	٥٧
إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا		
الله قرضا حسنا يضاعف لهم .		
١٨ م	الحديد	٥٧
إن تقرضوا الله قرضا حسنا		
يضاعفه لكم ويغفر لكم .		
١٧ م	التغابن	٦٤
وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة		
وأقرضوا الله قرضا حسنا .		
٢٠ م	المزمل	٧٣
وأقرضتم الله قرضا حسنا لا كفرن		
عنكم سيئاتكم .		
١٢ م	المائدة	٥

القرض في كلام علماء التفسير

عندما تناول «القرطبي» تفسير قوله تعالى : «ويدسط» من الآية الكريمة :
«من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة والله يقبض ويدسط
ولإليه ترجعون» (وهي الآية ٢٤٥ من سورة البقرة) أفاض وأتى بالعجب
العجاب في تحليلها .. وسنورد فيما يلي طرفاً من تفسيره وتأويله ، فنقول وبالله
التوفيق ..

قال رضى الله عنه (١) :

لما أمر الله بالجهاد والقتال عى الحق .. إذ ليس ثىء من الشريعة إلا ويجوز
القتال عليه وعنه ، وأعظمها دين الإسلام كما قال مالك .! حرض على الإنفاق في ذلك
فدخل في هذا الخبر : المقاتل في سبيل الله ، فإنه يقرض ربه رجاء الثواب كما فعل
عثمان . رضى الله عنه . في جيش العسرة .. وقال زيد بن أسلم : لما نزل : «من
ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً» قال أبو الدحداح فذاك أى وأمى يا رسول الله :
إن الله يستقرضنا وهو غنى عن القرض ؟ قال : «نعم يريد أن يدخلكم الجنة به»
قال فإني أقرضت ربي قرضاً يضمن لى به ولصبيتي الدحداحة معى الجنة .. قال نعم :
قال فناولنى يدك فناوله رسول الله صلى الله عليه وسلم يده ، فقال إن لى حديقتين
إحداهما بالسافلة والأخرى بالعالية ، والله لا أملك غيرهما قد جعلتهما قرضاً لله
تعالى .. قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - اجعل إحداهما لله والأخرى دعها
معيشة لك ولعيالك .

قال : فأشهدك يا رسول الله أنى جعلت خيرهما لله تعالى وهو حائط فيه ستمائة
نخلة ، قال : إذن يحزبك الله به الجنة .

قال «القرطبي» فى المسألة الرابعة من المسائل المتفرعة على هذه الآية :

يجب على المستقرض رد القرض لأن الله تعالى بين أن ما أنفق فى سبيل الله

(١) الجامع لأحكام القرآن ج ٣ ص ٢٣٧ - ٢٤٣ مطبعة دار الكتب

المصرية سنة ١٩٥٧ .

لا يضيع عند الله تعالى ، بل يرد الثواب قطعاً ، وأبهم الجزاء ، وفي الخبر : النفقة في سبيل الله تضاعف إلى سبعمائة ضعف وأكثر .

ثم قال في المسألة الخامسة :

« ثواباً لقرض عظيم لأن فيه توسعة على المسلم وتفرجاً عنه ، وخرج ابن ماجة في سننه عن أنس بن مالك قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رأيت ليلة أسرى بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر » قلت لجبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال لأن السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » .

ويقول القرطبي في المسألة السادسة :

« قرض الآدمي للواحد واحد ، أى يرد عليه مثل ما أقرضه ، وأجمع أهل العلم على أن استقراض الدنانير والدراهم والحنطة والشعير والتمر والزبيب وكل ماله مثل من مائر الأطعمة جائز وأجمع المسلمون - نقلاً عن نبيهم صلى الله عليه وسلم - على أن اشتراط الزيادة في السلف رباً ، ولو كان قبضة من عاف - كما قال ابن مسعود - أو حبة واحدة ، ويجهوز أن يزد أفضل مما يستلف إذا لم يشترط ذلك عليه ، لأن ذلك من باب المعروف استدلالاً بحديث أبي هريرة في البكر (١) « إن خياركم أحسنكم قضاء » رواه الأئمة البخارى ومسلم وغيرهما ، فأثنى - صلى الله عليه وسلم - على من أحسن القضاء وأطلق ذلك ولم يقيد بصفة ، وكذلك قضى هو صلى الله عليه وسلم في البكر وهي الفتي من الإبل جملاً خياراً رباعياً ، والخيار المختار ، والرباعي : هو الذى دخل في السنة الرابعة لأنه يلقى فيها رباعيته وهي التي تلي الثيايا وهي أربع رباعيات مخففة الباء .

وهذا الحديث دليل على جواز قرض الحيوان وهو مذهب الجمهور ، ومنع من ذلك أبو حنيفة ثم يقول القرطبي في المسألة السابعة :

« ولا يجهوز أن يهدى من استقرض هدية للقرض ، ولا يحل للقرض قبولها إلا أن تكون عادتهما ذلك - بهذا جاءت السنة ، خرج ابن ماجة حدثنا هشام بن

(١) نص بعضهم على ضبط الباء بالفتحة كتابة ومنهم الشوكاني .

عمار قال حدثنا اسماعيل بن غباشي حدثنا عقبة بن حميد الضبي عن يحيى بن إسحاق الهنائي قال سألت أنس بن مالك عن الرجل منا يقرض أخاه المال فيهدى إليه ؟ . قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أقرض أحدكم أخاه قرضاً فأهدى له أو حملة على دابته فلا يقبلها ولا يركبها إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك .

ويقول في المسألة الثامنة :

القرض يكون من المال - وقد بينا حكمه - ويكون من العرض ، وفي الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان إذا خرج من بيته قال اللهم إني قد تصدقت بعرضي على عبادك ، وروى عن ابن عمر « أقرض من عرضك ليوم فقرك » يعني من سبك فلا تأخذ منه حقاً ولا تقم عليه حدا حتى تأتي يوم القيامة موفور الأجر وقال أبو حنيفة : لا يجوز التصديق بالعرض لأنه حق الله تعالى ، وروى ذلك (أى جواز التصديق بالعرض) عن مالك ابن العربي . . وهذا فاسد ، قال عليه الصلاة والسلام في الصحيح : إن نساءكم وأعراضكم وأموالكم عليكم حرام - الحديث ، وهذا يقتضى أن تكون هذه المحرمات الثلاثة تجرى مجرى واحد في كونها باحترامها حقاً للأدمى .

أما عن المسألة التاسعة فيقول الإمام القرطبي :

قوله تعالى « حسناً » قال الإمام الواقدي محسباً طيبة بها نفسه ، وقال عمرو ابن عثمان المديني : لا يمين به ولا يؤذى ، وقال سهل بن عبد الله : لا يفقد في قرضه عوضاً .

ويقول العلامة أبو بكر بن العربي في كتابه « أحكام القرآن » (١) عند تفسيره للآية ذاتها

قال قوم المراد بالآية : الإنفاق في سبيل الله لأنه قال قبلها : وقاتلوا في سبيل الله ؛ فهذا الجهاد بالبدن ، ثم قال بعده « من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً » فهذا

(١) أحكام القرآن ج ١ ص ٢٣٠ بتحقيق الأستاذ محمد علي البجاوي - الطبعة الأولى سنة ٥٧ مطبعة عيسى البابي الحلبي .

الجهاد بالمال ، وق . قال النبي صلى الله عليه وسلم « من جهز غازيا فقد غزا ومن خلفه في أهله بخير فقد غزا »

والصحيح عندي ما قاله الحسن ، من أنه في أبواب البر كلها ، ولا يرد عمومها ما تقدمه من ذكر الجهاد .

ويقول الإمام أبو بكر الرازي المشهور بـ « الجصاص » في كتابه « أحكام القرآن » وقوله تعالى « من ذا الذي يقرض الله — الآية » إنما هو استدعاء إلى أعمال البر والإنفاق في سبيل الخير بالطف الكلام وأبلغه ، وسماه قرضا تأكيدا لاستحقاق الثواب به ، إذ لا يكون قرضا والغرض مستحق به ، وجهلت يود ذلك لما نزلت هذه الآية فقالوا : إن الله يستقرض منا فنحن أغنياء وهو فقير إلينا فأنزل الله تعالى « لقد سمع الله قول الذين قالوا إن الله فقير ونحن أغنياء » (١)

وعرف المسلمون معناه ووثقوا بثواب الله وحده وبأدروا إلى الصدقات فروى أنه لما نزلت هذه الآية جاء أبو الدرداء إلى النبي — صلى الله عليه وسلم — فقال يا رسول الله : ألا ترى ربنا يس — تقرض منا بما أعطانا لأنفسنا وإن لي أرضين إحداهما بالعالية والأخرى بالسافلة ، وإني قد جعلت خيرهما صدقة .

ويقول الإمام القرطبي عن القرض الحسن في موطن آخر من تفسيره (٢) :

والقرض الحسن أن يكون المتصدق صادق النية ، طيب النفس ، يبتغي به وجه الله دون الرياء والسمعة ، وأن يكون من الحلال . ومن القرض الحسن ألا يقصد إلى الردى فيخرجه لقوله تعالى « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » .

(١) ج ١ ص ٤٥١ — ٤٥٢ طبعة استنبول سنة ١٣٣٥ هـ .

(٢) ج ١٧ ص ٢٤٢ — ٢٤٣ عند تفسير سورة الحديد — طبعة دار الكتب

المصرية سنة ١٩٦٥ .

وأن يتصدق في حال يأمل الحياة فإن النبي — صلى الله عليه وسلم — سئل عن أفضل الصدقة فقال: أن تعطيه^(١) وأنت صحيح شحيح تأمل العيش ولا تمهل حتى إذا بلغت التراقي قلت لفلان كذا ولفلان كذا ، وأن يخفى صدقته لقوله تعالى « وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » . وألا يمن لقوله تعالى « لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى » ، وأن يستحقر كثيراً مما يعطى لأن الدنيا كلها قليلة ، وأن يكون من أحب أمواله لقوله تعالى « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » ، وأن يكون كثيراً لقوله صلى الله عليه وسلم « أفضل الرقاب أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها » .

ويقول (٢) العلامة الألوسي عند تفسيره لقوله تعالى « من ذا الذي يقرض (الآية) أخرج الإمام أحمد وابن المنذر وابن أبي حاتم عن أبي عثمان النهدي قال بلغني عن أبي هريرة — رضى الله عنه — أنه قال : إن الله تعالى ليكتب لعبده المؤمن بالחסنة الواحدة ألف ألف حسنة فحجبت ذلك العام ولم أكن أريد أن أحج إلا للقاء في هذا الحديث ، فلقيت أبا هريرة فقلت له .. فقال : ليس هذا ، قلت ولم يحفظ الذي حدثك إنما قلت : إن الله تعالى ليعطي العبد المؤمن بالחסنة الواحدة ألفي ألف حسنة ، ثم قال أبو هريرة أو ليس تجدون هذا في كتاب الله تعالى « من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة » . فالكثير عند الله أكثر من ألفي ألف وألفي ألف ، والذي نفسى بيده لقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله تعالى يضاعف الحسنة ألفي ألفي حسنة » .

ويحدثنا الإمام أبو حيان عن سر إسناده الاستقراض إلى الله تعالى فيقول (٣) : « أسند الاستقراض إلى الله تعالى — وهو المتنزه عن الحاجات — ترغيباً

(١) « أن تعطيه » للضمير يعود على المحتاج

(٢) الألوسي في « روح المعاني » ج ٢ ص ١٤٠ المطبعة المنيرية ١٣٤٥ هـ .

(٣) تفسير البحر المحيط — لأبي حيان الأندلسي ج ٢ ص ٢٥٢ مطبعة

السعادة الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨ هـ .

في الصدقة ، كما أضاف الإحسان إلى المريض والجائع والعطشان إلى نفسه في قوله جل وعلا « يا ابن آدم مرضت فلم تعدني ، واستطعمتك فلم تطعمني ، واشتسقتك فلم تسقني » الحديث : أخرجه البخاري ومسلم .

« القرض في كلام علماء الحديث »

جاء في صحيح البخاري عن أبي هريرة « أن رجلاً تقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأغظ له فهم به أصحابه فقال « دعوه فإن لصاحب الحق مقالا واشتروا له بعيراً فأعطوه إياه » قالوا لا نجد إلا أفضل من سنه قال « اشتروه فأعطوه إياه فإن خيركم أحسنكم قضاء » .

وعندما تناول الإمام ابن حجر العسقلاني شرح هذا الحديث (١) استنبط منه ما يأتي : وفي الحديث جواز المطالبة بالدين إذا حل أجله وفيه حسن خلق النبي صلى الله عليه وسلم ، وعظم حله وتواضعه وإنصافه وأن من عليه دين لا ينبغي له بجافة صاحب الحق .

ثم قال ابن حجر : وفيه أن الاقتراض في البر والطاعة وكذا الأمور المباحة لا يعاب وإن للإمام أن يقترض على بيت المال لحاجة بعض المحتاجين ليوفي ذلك من مال الصدقات .

وجاء في صحيح مسلم عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة فقدمت عليه لبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرفع إليه أبو رافع فقال : لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً فقال « أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء » .

(١) انظر متن الحديث وشرحه في فتح الباري لابن حجر ج ٥ ص ٤٥٣-٤٥٤

وبهنا هنا من شرح الإمام النووي لهذا الحديث^(١) جوابه على ذلك ،
الاعتراض الذي افترضه .. حيث يقول :

(قوله : فقدمت عليه لبل الصدقة الخ) هذا مما يستشكل فيقال فكيف قضى
من لبل الصدقة أجود من الذي يستحقه الغريم مع أن الناظر في الصدقات لا يجوز
أبرعه منها ؟ .

والجواب : أنه صلى الله عليه وسلم — اقترض لنفسه فلما جاءت لبل الصدقة
اشتري منها بعيراً رباعياً بمن استحقه فملكه النبي — صلى الله عليه وسلم — بثمنه
وأوفاه متبرعاً بالزيادة من ماله .. قال النووي : ويدل على ذلك : رواية أبي هريرة
التي قد منها .. أن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال : اشتروا له منها .. فهذا
هو الجواب المعتمد .

ويقول الشيخ عبد الرؤوف المناوي في شرحه للحديث^(٢) : كل قرض جر
نفعاً فهو ربا ، الذي رواه السيوطي في جامعه الصغير .

« فإذا اشترط في عقده — أي في القرض — ما يجلب نفعاً إلى المقرض من
نحو زيادة قلمراً وصفة .. بطل ، . ثم يتحدث العلامة المناوي عن إسناد الحديث
فيقول : إنه ساقط لأن فيه سوار بن مصعب قال الزهري قال أحمد والدارقطني :
متروك .

ونقل الشيخ العزيزي في شرحه على الجامع الصغير عن الشيخ : إن هذا

(١) يراجع متن الحديث وشرحه في شرح صحيح مسلم للإمام النووي ج : ١
ص ٣٧ و ٣٨ المطبعة المصرية — الطبعة الأولى سنة ١٩٣٠ م .

(٢) فيض القدير شرح الجامع الصغير — للنواوي ج ٥ ص ٢٨ — مطبعة
مصطفى محمد الطابعة الأولى سنة ١٣٥٦ هـ .

الحديث (١) لغيره .. ومعنى هذا أنه صالح للاحتجاج به ويقويه إجماع الأئمة على أن كل قرض جر نفعا فهو ربا .

ويقول ابن حجر في كتابه « بلوغ الرام من أدلة الأحكام » ، إن لهذا الحديث شاهدا ضعيفا عند البيهقي وآخر .. وثوقا على عبد الله بن سلام عند البخاري .
ويقول العلامة الصنعاني في شرحه « مسبل السلام شرح بلوغ المرام » ، إنه لم يجد الشاهد الأخير في البخاري في باب الاستقراض ، أه .

وهذا الشاهد الذي لم يعثر عليه العلامة الصنعاني ثابت في صحيح البخاري كما قال ابن حجر ، لكن ليس في باب الاستقراض بل في ترجمة عبد الله بن سلام .. وفيما يلي النص الذي اعتمده الحافظ « ابن حجر » :

« عن أبي بردة بن أبي موسى قال ، قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام فقال لي إنك بأرض فيها الربا فاش فإن كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا » .

وللإمام بالأحاديث الواردة بشأن القرض سنورد هنا — إن شاء الله — هذه الأحاديث حسبما جاءت في كتاب المتقي — للإمام ابن تيمية « ومنختار من شرح الإمام الشوكاني عليها ما يتسع له المقام ويتصل بصميم الموضوع الذي نعرض له .. والله المستعان :

باب فضيلته (٢) :

أورد ابن تيمية حديثاً واحداً على فضل القرض ، وهو هذا الحديث :

(١) شرح العزیزی علی الجامع الصغیر ج ٣ ص ٩٣ مطبعة عیسی البابی الحلبي

سنة ١٣٥٩ هـ .

(٢) المقصود : فضيلة القرض المبرأ عن الربا — راجع نیل الاوطار —

للشوكاني ج ٥ ص ٣٤٧ المطبعة المنيرية سنة ١٣٤٤ هـ الطبعة الثانية .

د عن ابن مسعود عن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال ما من مسلم يقرض قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة .

وبما قاله الشوكاني تعليقا على هذا الحديث قوله د وفي فضيلة القرض أحاديث وعمومات الأدلة القرآنية والحديثية القاضية بفضل المعاونة وقضاء حاجة المسلم وتفريج كربته وسد فاقته شاملة له ولا خلاف بين المسلمين في مشروعيته . قال ابن رسلان : ولا خلاف في جواز السؤال عند الحاجة ولا نقص على طالبه ولو كان فيه شيء من ذلك لما استسلف النبي صلى الله عليه وسلم — قال في البحر المحيط : وموقعه أعظم من الصدقة إذ لا يقرض إلا محتاج أ ه .

باب استقراض الحيوان والقتناء من الجنس فيه وفي غيره (١) :

أورد العلامة ابن تيمية هنا الأحاديث التالية :

١ — عن أبي هريرة قال : استقرض رسول الله — صلى الله عليه وسلم — سنا فأعطى سنا خيراً منه وقال خياركم أحاسنكم قضاء (رواه أحمد والترمذي وصححه) .

٢ — عن ابن رافع د استسلف النبي — صلى الله عليه وسلم — بكرا فجاءته إبل الصدقة فأمرني أن أفضي الرجل بكرا ، فقلت إني لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً فقال أعطه إياه فإن خير الناس أحسنهم قضاء . رواه الجماعة إلا البخاري .

٣ — عن أبي موسى قال : جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم يتقاضاه فأرسل إلى خولة بنت قيس فقال لها إن كان عندك تمر فأقرضينا حتى يأتينا تمر فنقضيك ، مختصر لابن ماجه .

وبما يعلق به الشوكاني على هذه الأحاديث :

(١) نيل الأوطار — للشوكاني ج ٥ ص ٣٤٧ — ٣٤٨ المطبعة المنيرية — الطبعة

قوله « بكرة » بفتح الباء الموحدة وهو الفتي من الإبل قال الخطابي هو من الإبل بمنزلة الغلام من الذكور ؟ والقلوص بمنزلة الجارية من الإناث .

قوله « رباعيا » بفتح الباء وتخفيف الموحدة — : هو الذي استكمل ست سنوات ودخل في السابعة : قال الخطابي وفي حديث أبي رافع من الفقه جواز تقديم الصدقة قبل محلها (١) وذلك لأن النبي — صلى الله عليه وسلم — لا تحل له الصدقة فلا يجوز أن يقضى من إبل الصدقة شيئا كان استسلفه لنفسه .. فدل على أنه استسلفه لأهل الصدقة من أرباب المال ، وهذا استدلال الشافعي .

وقد اختلف العلماء في جواز تقديم الصدقة عن محل وقتها فأجازوه الأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه وابن حنبل وابن زاهويه وقال الشافعي يجوز أن يعجل الصدقة مرة واحدة ، وقال الشافعي يجوز أن يخرجها قبل حلول الحول ، وكرهه سيفيان الثوري (٢) .

باب جواز الزيادة عند الوفاء والنهي عنها قبله :

أورد العلامة ابن تيمية هنا الأحاديث الآتية :

١ — عن أبي هريرة قال : « كان لرجل على النبي — صلى الله عليه وسلم — سن من الإبل فجاء يتقاضاه فقال أعطوه فطلبوا سنه فلم يجدوا إلا منا فوقها فقال « أعطوه ، إن خيركم أحسنكم قضاء » .

٢ — عن جابر قال : « أتيت النبي — صلى الله عليه وسلم — وكان لي عليه دين فقضاني وزادني ، متفق عليه .

٣ — عن أنس « وسئل الرجل منا يقرض أخاه المال فيهدى إليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم — إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدى إليه أو حملة على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك ، رواه ابن ماجه .

(١) المحل بكسر الحاء هو الموعد (هنا) وهو أيضا الموضع — راجع على

سبيل المثال تفسير القرطبي للآية ١٩٦ من سورة البقرة

(٢) تميل إلى رأي سيفيان — راجع كتاب « الركاة أداة اقتصادية » للمؤلف .

٤ — وعن أنس عن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال « إذا أقرض (أحكم) فلا يأخذ هدية » رواه البخارى .

ه — عن أبي بردة بن أبي موسى قال : « قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام فقال إنك بأرض فيها الربا فأش فإن كان لك على رجل حق فأهدى إليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا » رواه البخارى فى صحيحه .

وبما كتبه العلامة الشوكانى على هذه الأحاديث فى صحيحه ما يأتى :

فى حديث أبي هريرة جواز رد ما هو أفضل من المثل المقترض إذا لم تقع شرطية ذلك فى العقد (١) وبه قال الجمهور . . وعن المالكية : إن كانت الزيادة بالعد لم يحز وإن كانت بالوصف جازت ويرد عليهم حديث جابر المذكور فى الباب فإنه صرح بأن النبي — صلى الله عليه وسلم — زاده والظاهر أن الزيادة كانت فى العدد وقد ثبت فى رواية للبخارى أن الزيادة كانت قيراطاً .

وأما إن كانت الزيادة مشروطة فى العقد فتحرم اتفاقاً ولا يلزم من جواز الزيادة فى القضاء على مقدار الدين جواز الهدية ونحوها قبل القضاء لأنها بمنزلة الرشوة . . فلا تحل كما يدل على ذلك حديث أنس المذكوران فى الباب وأثر عبد الله ابن سلام .

* * *

وبخلص مما تقدم : أن الهدية والعارية ونحوهما إن كانت لأجل التأخير فى أجل الدين أولاً جل رشوة صاحب الدين أو لأجل أن يكون اصحاب الدين منفعة فى مقابل

(١) الشرطية الثابتة فى العقد سلفاً هى من عناصر الربا . . أما هذه العناصر فأربعة عدداً : تحديد الجزاء سلفاً ، وربط الجزاء برأس المال أى أنه يكون منسوباً إليه كقواننا ٧ ٪ من القرض ، والتكرار مع الزمن كقولنا سنوياً أو شهرياً ، وإعفاء القرض من أى خسارة قد يجربها تقلب المال الذى هو أصلاً ماله — راجع كتاب بحوث فى الربا (للؤلؤف) .

دينه فذلك محرم لأنه نوع من الربا أورشوة وإن كان ذلك لأجل عادة جارية بين المقرض والمستقرض قبل التداين فلا بأس وإن لم يكن ذلك لغرض أصلاً فالظاهر المنع . . لإطلاق النهي عن ذلك .

وأما الزيادة على مقدار الدين عند القضاء ، بغير شرط ولا إضمار ، فالظاهر الجواز من غير فرق بين الزيادة في الصفة والمقدار والقليل والكثير لحديث أبي هريرة وأبي رافع والعرباض وجابر ، بل هو مستحب ، قال المحاملي وغيره من الشافعية : يستحب للمستقرض أن يرد أجود مما أخذ للحديث الصحيح في ذلك «إن خيركم أحسنكم قضاء» .

ومما يدل على تحريم القرض الذي يجر إلى المقرض نفعا ما أخرجه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفاً بلفظ «كل قرض جر منفعة فهو ربه من وجوه الربا» ورواه في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم ، ورواه الحارث أسامة من حديث علي رضي الله عنه بلفظ «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن قرض جر منفعة» . وفي رواية «كل قرض جر منفعة فهو ربا» وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك ، أ هـ

عقد المضاربة أو القراض

حول الاسم :

قال بعض الفقهاء : المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، سمي بها لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله (١) ويستدلون بقوله تعالى « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله » (٢) .

ويسميه أهل الحجاز القراض فقيل هو مشتق من القطع يقال : قرض الفأر

(١) الهداية / برهان الدين علي بن أبي بكر الميرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ص ١٦٢ .

(٢) سورة المزمل — الآية رقم ٢٠ .

الثرب إذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلبها إلى العامل واقتطع له قطعة من الربح .

وقيل اشتقاقه من المساواة والموازاة يقال : تقارض الشاعران إذا وازن كل واحد منهما مع الآخر بشعره ، وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا (١) .

تعريف المضاربة :

المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، ولا مضاربة بدونها . فلا يصح أن يكون الربح كله لرب المال أو للمضارب إذ لو كان للأول لكانت بضاعة ولو كان للثاني لكان قرصاً (٢) ويقال أيضاً « المضاربة هي عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر » (٣) . كما يقال : « المضاربة هي أن يشترك (أحد الشركاء) بدون مال . . ومعنى ذلك أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتحرك فيه أو (يقبله) على أن ما حصل من الربح بينهما على حسب ما يشترطانه (٤) . . ومن التعاريف المعتمدة أيضاً قولهم « هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب » (٥) .

سند مشروعيتهما :

أجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ، ذكره ابن المنذر ، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهما

(١) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٢ .

(٢) الهداية ص ١٦٢ .

(٣) الفتاوى الهندية .

(٤) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٢٢ — ٢٦ .

(٥) انظر حاشية ابن طابدين ج ٤ ص ٥٣٨ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

للزيلي ج ٥ ص ٥٢ طبعة بولاق .

خرجوا في جيش إلى العراق فتسلقوا من أبي موسى مالا وابتاعوا به متاعاً وقدموا به إلى المدينة فباعاه وربحوا فيه فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله ، فقالوا : لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربح لنا ؟ فقيل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته .. وأخذ منهما نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض .

وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا يخالف لهما من الصحابة فحصل إجماع ... هذا ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة فإن الدراهم والدنانير لا تنمى (التاء مضمومة والميم مشددة) إلا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا أن كل من يحسن التجارة له رأس مال .. فنشأت الحاجة إليها من الجانبين ، خاصة وأن النبي — صلى الله عليه وسلم — جاء والناس يتعاملون بها فأقرها وتعاملت بها الصحابة (١) .

شروط المضاربة الصحيحة :

وأما شروطها فكثيرة ، ومنها : أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير (عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمهم الله تعالى) أو فلوساً رائجة ، فلو كان رأس المال غير هذه لم تجز إجماعاً عند الحنفية ، وإذا كانت فلوساً رائجة جازت عند محمد وليس كذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقد أجاز بعض الحنفية أن يعطى المضارب عرضاً ويقال له بعه وأعمل في ثمنه ، ومالك لا يقبل هذا وإن قبله في الشريعة (٢) .

ولا تجوز بالذهب والفضة إذا لم تكن مضروبة في رواية الأصل كذا في فتاوى قاضيخان .. وفي لكبرى في المضاربة بالتبر روايتان ، ففي كل موضع يروج التبر برواج الأئمة تجوز المضاربة .. هكذا في المبسوط والبدائع .

ومن شروطها أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد حتى لا يقع في المنازعة ومنها أن يكون رأس المال عينا لا ديناً فالمضاربة بالديون لا تجوز . قال

(١) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٣ .

والهداية ص ١٦٢ .

(٢) الهداية ص ١٦٥ .

بن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يحمل الرجل ديناً له على رجل مضاربة ، ومن حفظنا ذلك عنهم عطاء والحكم وحماد والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي ، وإن كان بعض الخنابلة جوزوا جعل الدين رأس مال للمضاربة لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع ثمنه فتبرأ ذمته منه . ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال بعه وضارب بثمنه ، وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله لأنه علقه على شرط ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط (١) .

ومنها أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ، لا يد لرب المال فيه ، فإن شرطاً أن يعمل رب المال مع المضارب تفسد المضاربة سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطاً عمل الصغير (٢) .

ومنها أن يكون نصيب المضارب من الربح معلوماً على وجه لا تنقطع به الشركة في الربح ، فإن قال على أن لك من الربح مائة درهم أو شرط مع النصف أو الثلث عشرة دراهم لا تصح المضاربة كذا في المحيط للسرخسي .

ولو دفع إليه مضاربة على أن يعطى المضارب رب المال ما شاء من الربح ، أو على أن يعطى رب المال المضارب ما شاء من الربح فهذه مضاربة فاسدة لجهالة حصة المضارب من الربح في الصورتين (٣) .

ومن شروطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة (٤) .

ومنها أن يكون الشرط للمضارب مشروطاً من الربح لا من رأس المال ،

(١) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٦٧ .

(٢) النهاية ص ١٦٢ .

(٣) المبسوط للسرخسي ج ٢٢ ص ١٩ .

(٤) النهاية ص ١٦٥ .

حتى لو شرط شيئاً من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت المضاربة كذا في محيط
السرخسى (الفتاوى الهندية) .

ولا يجوز للمضارب أن يشترط أو يشترط له رب المال أجراً مع حصته في
الربح إذ هو مستحق للربح بعمله فكيف يأخذ عليه أجراً آخر . (١)

ولا يصح التوقيت في عقد المضاربة إذ لكل منهما أن ينفرد بفسخه متى شاء لأن
انعقاده بطريق الشركة لا الإجارة . وأجاز بعضهم توقيت العقد لكن يبطل العقد
بمضى الوقت المتفق عليه لأنه توكيل قيد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع أو المكان . (٢)

ولا غرابة أن تكون شروط هذا العقد كثيرة إذ هو يجمع أحكاماً من عقود
كثيرة ، في صورة ما ، كالوديعة وفي صورة أخرى كالوكالة ، وإذا فسد العقد لشرط
فاسد كان كالإجارة ، وإذا خالف المضارب كان غاصباً ضامناً ، إلى غير هذا من
الأحكام المتعلقة بكثير من أنواع المعاملات الإسلامية .

ما يجوز للمضارب أن يفعله :

ثلاثة أنواع من التصرفات يمكن رد الأمر إليها في هذه المسألة :

١ — نوع يملكه المضارب بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار
كالرهن والارتهان والإيجار والاستئجار للركوب أو الحمل أو الشراء له ولو سفينة
إذا احتاج إليها ، وتأخير الثمن إلى أجل متعارف .

٢ — ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما مثل
له بدفع المال للمضاربة وخلط مال المضاربة بماله أو مال غيره لأن رب المال رضى
بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت
مطلق العقد ولكنه هو طريق في التمييز فمن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند
وجود الدلالة .. وقوله اعمل برأيك دال عليه .

(١) المبسوط للسرخسى ص ٢٥ .

(٢) النهاية ص ١٦٥ وانظر ابن عابدين / ٤ / ٥٣٨ في شروط المضاربة .

٣ — ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولو قيل له اعمل برأيك إلا أن ينص عليه.. وهو الاستدانة لأن فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ، والعقود على مال وغير مال، والكتابة، والهبة، والصدقة.. وكل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه إلا بالنص^(١).

وعليه فإن العامل لا يملك المضاربة والشركة والخاط إلا بإذن أو يقال له اعمل برأيك ولا يملك الإفراض ولا الاستدانة إلا بنص وإن قيل له أعمل برأيك ولا يملك تجاوز بلد أو سلعة أو وقت أو شخص عينه المالك فإن فعل ضمن بالمخالفة وكان ذلك الشراء له^(٢).

وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعنته، ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة.

وليس له أن يشتري خمرًا ولا خنزيرًا سواء كان (المنعقدان) مسلمين أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً فإن فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي.. وقال أبو حنيفة: إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لأن المالك عنده ينتقل إلى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به. وأجاز بعضهم البيع ومنع الشراء^(٤).

وإذا ضارب المضارب بلا إذن المالك لم يضمن بالدفع ما لم يعمل الثاني كما في ظاهر الرواية عن الإمام أبي حنيفة لأن الدفع إيداع وهو يملكه فإذا عمل تبين أنه مضاربة فيضمن^(٥).

وإذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح.. سواء كان في الحضر أو السفر وقال الشافعي لا يصح في الحضر، وعليه فإنه إذا ادعى أنه أنفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه أو قد رجع إلى مالكه،.. وقال أبو حنيفة إذا كان المال باقياً في يديه، وليس له ذلك إذا كان بعد رده.

(١) تبيين الحقائق ص ٦٩ . (٢) الهداية ص ١٧٠ .

(٣) الهداية ص ١٧٠ .

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤٥ .

(٥) انظر المغنى ج ٥ ص ٤٦ .

والعامل أمين في مال المضاربة لأنه كالوكيل قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري وأصحاب الرأي . . وبه نقول لأنه يدعى عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه، وما يدعى عليه من خيانة وتفريط وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة ، لأن الاختلاف هنا في نيته وهو أعلم بما نواه . (١)

وأيضاً للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه ، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في صفقة أخرى أو إحداهما في سفره والأخرى في أخرى لأن معنى الربح هو الفضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً ، لقول النبي ﷺ : « مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له فرائضه » . لأن المال أصل والربح فرع . (٢)

ومال المضاربة ، ما يهلك منه فن الربح ، لأنه تابع لرأس المال والمضارب لا يضمن لأنه أمين يستوى في هذا الأحوال كلها :

(أ) حالة زيادة الهالك على الربح كله .

(ب) حالة نقص ذلك عن الربح .

(ج) حالة ألا يكون للمال ربح ودخلته الوضعية فلا يتحمل العامل شيئاً حتى

ولو كان أنفقه على نفسه . (٣)

(١) المبنى ج ٥ ص ٦٩ .

(٢) المبسوط للسرخسي ص ٨٣ وأيضاً المغني ج ٥ ص ٥١ .

(٣) الموطأ ج ٢ ص ٦٩١ باب ما لا يجوز من الشروط في القراض .

والإمام مالك يرى أنه يتحمل في الخسارة إذا زادت الخسارة على رأس المال فالزيادة يتحملها المضارب ولا يتحمل غيرها (١).

وإذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي فلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي وحماد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي .

وعن علي رضي الله عنه ، لا ضمان على من شورك في الربح ، وروى معنى ذلك عن الحسن والزهرى .

وعند بعض المالكية أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالمغاصب ، ولا يقولون بمشاركته في الربح فلا يتناواه قول علي رضي الله عنه .

أما إذا تعدى المضارب أو العامل على القراض فنقص المال أخذ من ماله الخاص ، فيجبر به (٢) وبمثل هذا كان رأى الشافعي واضحاً في الأم (٣) والسرخسي في المبسوط (٤).

وتتملى كتب الفقه بأصور المفرعة عن شرائه بدون إذن .. ربح أو لم يربح ، وتجوز المضاربة مع غير المسلمين بأن يأخذ المسلم من النصراني مالا مضاربة لأنه نوع من الوكالة ولا بأس أن يلى المسلم البيع والشراء للنصراني بوكالته ، على أنه يكره أن يدفع المسلم مالا للنصراني للمضاربة وإن كان يجوز في القضاء (أى قضاء الدين) كما يكره أن يوكل النصراني في التصرف في ماله خوفاً من عدم تحرزه . (٥)

وأخيراً عقود الأمانة هل تنفسخ بمجرد التعدى أم لا ؟ عند الحنابلة : الأمانة

(١) لموطأ ج ٢ ص ٦٩٤ .

(٢) الموطأ ج ٢ ص ٦٩٦ .

(٣) الأم ج ٨ ص ١٢٢ .

(٤) المبسوط ج ٢٢ صفحات ١٨ — ٢٢ .

(٥) المبسوط ج ٢٢ ص ١٢٥ .

المحضنة تبطل بالتعدي والأمانة المتضمنة شيئاً آخر لا تبطل على الصحيح .. ويتخرج على هذا مسائل منها: الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما فالمعروف من المذهب (١) أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة .

أما إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة . وإن ارتد رب المال والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن الحقوق بمنزلة الموت .. ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته ، ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها .. وعلى هذا تكثر التفريعات والصور المفترضة .. وهي في مراجع الفقه باللغة الوفاء .

(١) الحنبلي ، والمرجع : القواعد لابن رجب - القاعدة ٤٥ ص ٦٤ .

المبحث السابع

الحالة

* يقع البحث القيم الذي نشرته الموسوعة الفقهية، بالكرويت عام ١٣٩٠ هـ ١٩٧٠ م في نحو ١٧٠ صفحة من القطع الكبير . . وعنه اخترنا الصفحات القليلة التالية . .

* وفي آخر البحث المذكور بيان بأسماء العلماء الذين أسهموا في إعداد عشرات الموضوعات . . وإن كان القدر الذي نشر . . ثلاثة فقط . . وقد علينا أن الأستاذ الدكتور إبراهيم عبد الحميد إبراهيم . . هو الذي تولى أمر الحوالة من أول خطوات التخطيط إلى متابعة التنفيذ ومباشرته . . كما أن الأستاذ الدكتور جمال الدين عطية المحامى . . حين شغل مركز الأمين العام للموسوعة المذكورة . . قد أسهم ببعض الدراسة وإعداد الملاحق .

* وفي الحق . . إن ما اخترناه، جدير بالاطلاع . . كما هو . . دون مزيد من التركيز أو الحذف أو الإضافة .

الحـوالـة

لمحة تاريخية

— لم يعرف القانون الروماني فكرة انتقال الحقوق والالتزامات بين الأحياء (١) إذ كانت الفكرة القديمة السائدة : هي أن الالتزام رابطة شخصية ما بين دائن ومدين ، بل إن هذه الرابطة الحقوقية في الفكر الروماني بلغت حد السلطة الشخصية المطلقة للدائن على المدين حتى إنها في شرعهم القديم كانت تبيح للدائن استرقاق المدين العاجز عن الوفاء أو قتله .

فالرابطة الحقوقية عندهم في الدين ، بحكم أنها تربط ما بين شخصين بالذات ، لم يكونوا يتصورون أن تنتقل عنهما أو عن أحد منهما دون أن تنحل ، ولذلك لم يكن ممكناً ، إذا أريد تغيير شخص الدائن إلا تجديد الالتزام بتغيير الدائن . أو أريد تغيير شخص المدين إلا تجديد الالتزام بتغيير المدين وفي الحالتين لم يكن الالتزام ذاته ، بمقوماته وخصائصه هو الذي ينتقل من شخص إلى شخص آخر .. بل كان الالتزام الأصلي ينقضي بالتجديد ، وينشأ مكانه التزام جديد بمقومات وخصائص غير المقومات والخصائص التي كانت للالتزام الأصلي ، وفي هذا الالتزام الجديد كان يتغير شخص الدائن السابق أو يتغير شخص المدين .

على أن الرومان كانوا يلجؤون إلى طريقة أخرى لتحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، دون تدخل من المدين .. فكان الدائن الأصلي يوكل من يريد تحويل الالتزام إليه في قبض الدين باسمه من المدين وكان هذا التوكيل وسيلة يستطيع بها الوكيل أن يقبض الدين من المدين دون حاجة إلى رضائه بتحويل الدين . ولكن هذه الطريقة لم تكن مأمونة فإن الدائن الأصلي كان يستطيع أن يعزل الوكيل

(١) استساعت القوانين منذ عهد بعيد انتقال الالتزام بسبب الموت على أساس

تصور استمرار شخصية المورث في شخصية الوارث .

قبل أن يقبض الدين^(١) . وبقي القانون الروماني على هذه الحال ، دون أن يعرف حوالة الحق ولا حوالة الدين .

— وبقيت الحوالة بجهولة مدة طويلة في القانون الفرنسي القديم ، يتحايلون عليها عن طريق التوكيل بقبض الدين الذي كان القانون الروماني يلجأ إليه حتى أصبح هذا الطريق مألوفاً . ومنه دخلت حوالة الحق في القانون الفرنسي القديم^(٢) ، وأصبح مسلماً في هذا القانون أنه يجوز للدائن أن يحول حقه إلى دائن آخر دون حاجة إلى الحصول على رضا المدين بالحوالة ، على غرار التوكيل بالقبض الذي أصبح مفترضاً دون نص ، وساعد على إمكان انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر أن فكرة الالتزام باعتبار أنه رابطة شخصية ، أخذت تتطور وأخذ العنصر المادي في الالتزام يبرز شيئاً فشيئاً . فأصبح من السهل أن نتصور أن الالتزام ينتقل من دائن إلى دائن آخر ، باعتبار أنه قيمة مالية لا باعتباره رابطة شخصية ، وبالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى أطرافه .

ولكن التطور في القوانين اللاتينية وقف عند هذا الحد .. ولم يصل القانون الفرنسي حتى اليوم إلى تنظيم حوالة الدين ، أي انتقال الالتزام من مدين إلى مدين آخر ، وليس هناك من سبيل إلى تغيير المدين في الالتزام إلا عن طريق التجديد أو الإنابة في الوفاء . وبقيت القوانين اللاتينية عند هذه المرحلة من التطور لم تستكملها إلى غايته ، باستثناء التقنين المدني الإيطالي الجديد فقد أقر حوالة الدين عند الكلام على الإنابة في الوفاء .

— أما التقنينات الجرمانية فقد سارت في التطور إلى نهاية الطريق .. ووجهة نظرهم في هذا أنه ، مادامت فكرة الالتزام قد تطورت فأصبح الالتزام يغلب فيه معنى القيمة المادية على الرابطة الشخصية ، وما دام قد أمكن تصور انتقال الالتزام من دائن إلى دائن آخر ، فما الذي يحول دون التسليم بانتقاله من مدين إلى مدين آخر؟

(١) الوسيط للدكتور السهوري ٣ / ٤١٣ — ٤١٧ .

(٢) الصادر في سنة ١٨٠٣ م . وقد اعتبر حوالة الحق صورة من صور تجديد الدين في المادة / ١٢٧١ / منه .

ومن ثم أصبحت مستقرة حوالة الدين في التقنين المدني الألماني (١) ، وكذا في تقنين الالتزامات السويسري (٢) ، إلى جانب حوالة الحق (٣).

— أما القانون الانجليزي فلم يكن يعرف الحوالة قبل سنة ١٨٧٥ م ، وكان الطريق الوحيد لنقل الدين هو طريق التجديد الذي يتطلب موافقة الأطراف الثلاثة وتغير الدين نفسه بالانقضاء وقيام دين جديد. وحتى سنة ١٩٢٥ م لم يكن بإمكان المحال أن يطالب باسمه الخاص وإنما كان عليه أن يستعمل اسم المحيل ، حتى صدر قانون الملكية سنة ١٩٢٥ م فأباح أن تكون مطالبة المحال باسمه الخاص (٤).

سبق الشريعة الإسلامية في تنظيم الحوالة :

— يتضح من هذه اللمحة التاريخية أن القوانين الوضعية لم تعرف حوالة الحق قبل سنة ١٨٠٣ م ولم تعرف حوالة الدين قبل سنة ١٨٩٦ م ويتضح عن هذه الحقيقة أمران في غاية الأهمية :

(أولهما) — أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية بأكثر من عشرة قرون في تنظيم انتقال الحق والدين بطريق الحوالة كما سيتضح تفصيلاً في هذا البحث .

(ثانيهما) — أن الشريعة الإسلامية منقطعة الصلة تماماً بقانون الروماني بما يدحض كل زعم أو شبهة في استمدادها منه ، بدليل سبقها وتفوقها الواضح عليه وعلى القوانين الوضعية الحديثة التي أخذت عنه .

ومن المعروف الواضح أن الشريعة الإسلامية قد عرف فيها نوعاً من الحوالة في وقت واحد : حوالة الدين وحوالة الحق دون سبق لأحدهما في الزمن بينما إن .

(١) الصادر في سنة ١٨٩٦ م .

(٢) الصادر في سنة ١٩١١ م .

(٣) الوسيط للسهورى ٣ / ٤١٧ — ٤١٩ و ٥٥٧ — ٥٥٩ .

(٤) المقرر لشيبي ١ / ٩٢١ — ٩٤٩ .

حوالة الدين — وهى المقدمة التى لم تقبل الحل فى النكح وفى التشريع الرومانيين . ولا فى النقنينات الأوروبية عامة — لم تعرف إلا على أبواب القرن التاسع عشر .

وسيتضح بجلاء فى البحوث المقبلة من هذا الموضوع أن الحوالة فى الشريعة الإسلامية تستمد أصولها من أدلة شرعية أصيلة هى السنة والإجماع والقياس .

أثر التنظيم الإسلامى للحوالة على المعاملات فى أوربا :

— بقى أن نساأل ، إذا كانت الشريعة قد سبقت هذا السبق فى تنظيم الحوالة ، فهل كان لها تأثير على النظم والقوانين الأوروبية الوضعية؟

يجيب المستشرق يوسف شاخنت: بكل تأكيد إن الحوالة والسفتجة المعروفتين فى الفقه الإسلامى قد استعملتا كأوراق تجارية فى القرون الوسطى مما فتح باب النشاط المصرفى الحقيقى أمام التجار المسلمين والصيارفة اليهود (١) ، كما أكد أن الأصل التاريخى للكمبيالة المعروفة حالياً فى الغرب يرجع إلى الحوالة والسفتجة المعروفتين فى الشريعة الإسلامية (٢) ويضيف شاخنت أن كلمة *aval* الفرنسية والتى تعنى التظهير التأمينى للورقة التجارية مأخوذة من الكلمة العربية « حوالة » ، كما أن كلمة « شيك » مأخوذة من الكلمة العربية « صك » (٣) .

وقد قال بهذا رأى قبل شاخنت العلامة الفرنسى د. هوفلين (٤) حيث ذكر

(١) مدخل إلى الشريعة الإسلامية لشاخنت ٧٨ .

Joseph Schacht. An Introduction to Islamic Law 78 .

(٢) شاخنت ١٤٩ .

(٣) شاخنت ٧٨ .

(٤) ورأى هوفلين D. Huvelin هذا أورده فى كتابه : حوليات القازن التجارى (باريس ١٩٠١) ونقله عنه الأستاذ صبحى المحمصانى فى بحث له ضمن مجموعة « القانون فى الشرق الأوسط » ، Law in the Middle East الصادر عن معهد الشرق الأوسط بواشنطن بإشراف مجيد خدورى وهربرت ليسنى سنة ١٩٥٥ م .

أن حوالة الدين قد انتقلت إلى أوربا عن طريق أسبانيا وصقلية وفي الحروب الصليبية في القرن الثاني عشر الميلادي ، وأنه ليس أدل على ذلك من أن كلمة *aval* الفرنسية مشتقة من كلمة (حوالة) العربية (١) .

وإذا رجعنا إلى الموسوعة الفرنسية ، لاروس ، وجدناها تذكر صراحة تحت كلمة *aval* أنها مستعارة من الكلمة العربية *la - Wala - mandat* .

ولكلمة *mandat* عدة معانٍ (٢) منها الحوالة علاوة على معناها الأصلي وهو الوكالة . ويبدو أن هناك تحريفاً في كتابة الأصل العربي من *ha* إلى *al* إذ إن كلمة *al - wala* لا تنطبق على أي من معاني *mandat* كما أنها لا تنطبق على معنى *aval* التي قيل إنها مستعارة عنها . وتكون بذلك الكلمة الصحيحة في السياق والمقصودة كأصل استعيرت منه كلمة *aval* هو *hawala* لا *al - wala* ويؤكد هذا ما سبق أن نقلناه عن المستشرق شاخت وغيره .

بقي أن نشير إلى أن المعنى الذي لكلمة *aval* في القانون الفرنسي هو الضمان الخاص للورقة التجارية الصادرة عن النير أو عن أحد الموقعين على الورقة التجارية بعبارة *bon pour aval* أو ما شابهها ويعتبر بمقتضاها كفيلًا متضامنًا لا مدينًا متضامنًا يلتزم بدفع قيمة الورقة التجارية ، إذا لم يتم المدين المكفول بدفعها ، ويحل محله في الاستفادة من الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية (٣) .

وواضح أن هذا المعنى لا ينطبق على معنى الحوالة وهو إلى الكفالة أقرب ، ولكن ذلك لا ينفي أن المصطلح الفرنسي الدال عليه مأخوذ من كلمة (حوالة) العربية فإن استعارة لفظ من لغة لا يستلزم التقييد بحرفية معناه فيها .

(١) Law in the Middle East 202

(٢) شيك سياحي *mandat de voyage* حوالة بريدية *mandat*

• *mandat de paiement* إذن صرف

(٣) المعجم التماثلي الصغير دالوز *petit dictionnaire de droit Dalloz*

والتوسع راجع الموسوعة القانونية دالوز *Encyclopédie Juridique Dalloz*

وعلى أية حال ، وسواء كانت كلمة *avai* مستعارة من كلمة « حوالة » أو من غيرها ، فما لا شك فيه أن استعمال الحوالة والمنتجة المعروفتين في الفقه الإسلامي في معاملات التجار المسلمين بعضهم مع بعض ، أو بينهم وبين غيرهم ، قد أتاح للأوربيين منذ التمرون الوسطى معرفة هذا النوع من التعامل الذي لم يكن معروفاً في القانون الروماني وما أخذ عنه من قوانين غربية حتى بداية القرن التاسع عشر .

الحوالة في الفقه الإسلامي

تعريف الحوالة لغة وشرعاً

وبعض الأسماء الاصطلاحية فيها

(أولاً)

تعريف الحوالة لغة

— الحوالة في اللغة : « تحويل ماء من نهر إلى نهر ، كما في لسان العرب ، وجاء فيه أيضاً قبيل ذلك : « حال الشيء حولا وحؤولا : تحول ، . لكن صاحب « اللسان » لم يذكر الحوالة في هذا الموضع . وصرح بثبوتها ناقلو معناها اللغوي من الفقهاء ، إذ قالوا : الحوالة لغة التحول والانتقال^(١) .

وبذا يجتمع لنا تصحيح ما أثبتته الفقهاء في كتبهم من أن الحوالة (وهي بنتح الحاء أفصح من كسرهما) هي اسم ، (أي اسم مصدر) ، بمعنى الإحالة) .

وبما تقدم يجتمع لها في اللغة معنيان : لازم ، ومتعد . (فالأول التحول والانتقال^(٢) ، (والثاني) النقل والتحويل^(٣) .

(١) في كلام صاحب لسان العرب الذي نقلناه أولاً ما ينبغي صحة الحوالة بمعنى التحويل مطلقاً : إما بناء على أن الإضافة إلى الماء مجرد التمثيل ، كما ينهم من المصباح والمغرب وغيرهما ، وإما تجاوزاً في التعبير بالمقيد عن المطلق (إن كان ذلك هو نقل اللغة) .

(٢) البجيرمي على المنهج ١٩/٣ .

(٣) ابن عابدين على الدر المختار ٢٨٨/٤ .

وأصل معنى المادة الجذرى : تغير الشيء وانفصاله عن غيره ، كما فى مفردات الراغب . فهذا هو القدر المشترك فى جميع تصاريها ، ولا يخفى تحققه حكما فى الحوالة الشرعية ، كما سيبين ، فيكون المعنى اللغوى كليا ، والشرعى أحد أفرادة .

(ثانياً)

تعريف الحوالة شرعاً عند الحنفية

الحوالة شرعاً : نقل الدين من ذمة إلى ذمة فتم الإيجاب والقبول تحميلاً وتحملاً لأداء الدين من المتحمل إلى الدائن ، بين اثنين من الثلاثة الأطراف المعنية : الدائن والمدين والمتلزم بالأداء ، مع الاستيفاء لسائر الشرائط التى ستأتى ، فقد تم هذا النقل من الوجهة الشرعية .

مثال ذلك أن يقول للدائن قائل : لك على فلان دين مقداره كذا فاقبل حوالته على ، فيقول الدائن قبلت . أو يتبدى الدائن فيقول لصاحبه : لى على فلان كذا ، فاقبل دينه عليك حوالة ، فيجيب : قد فعلت .. ويأتى تمامه .

بعد هذا التعريف يتبين ما يلى :

(أ) أن المحيل هو المدين ، وقد يكون دائناً أيضاً باعتبار آخر (كما سنرى) وهو طرف فى العقد إذا باشره بنفسه أو أجازاه .

(ب) وأما المحال ، فهو الدائن . وهو أبدأ طرف فى العقد ، إما بمباشرته ، وإما بإجازته . ويقال له أيضاً : حويل ، ومحال (بصيغة اسم الفاعل ولا يقال : محال له ، أو محتمل له ، لأن هذه الصلة لغو — كما قال فى المغرب — وإن أثبتها البعض وتكلف ابن عابدين تصحيحها (٢) .

(١) الزيلعى على الكنز ١٧١/٤ وقد أخذت المجلة بهذا التعريف فى المادة

٦٧٣ / .

(٢) حاشيته على الدر المختار ٢٨٩/٤ . وجرى اليوم على السنة رجال القانون الوضعى (الوسيط للسنهورى) ٤٤٢/٣ كما استعملتها مجلة الأحكام العدلية فى كتاب الحوالة .

(ج) وأما المحال عليه (ويقال له أيضاً حويل بزنة « كفيل » ، ومحتال عليه) فهو الذى التزم لأحد الآخرين بدينه على ثانيهما . وهو أيضاً أبداً طرف فى العقد ؛ على نحو ما ذكرنا فى المحال .

(د) وأما المحال به ، (ويقال : المحتال به) فهو الدين نفسه الذى للمحتال على المحيل ، وهو هنا محل عقد الحوالة .

(ثالثاً)

أساس هذا التعريف

والخلاف فيه عند الحنفية

تعريف الحوالة بالتعريف الآنف الذكر إنما هو جار على القول المصحيح عند الحنفية ، من أن الحوالة لا تنقل المطالبة وحدها بل تنقل الدين معها ، بحيث يبرأ منه المحيل براءة مؤقتة ، أى مشروطة بعدم التوى ، كما سيبنى (١) .

وقد حكى الزيلعى من الحنفية أن هذا هو مذهب أبى يوسف ، وأن الإمام محمد بن الحسن لا يرى الحوالة إلا نقل المطالبة .. أما الدين فباق فى ذمة المحيل ، ثم رتب الزيلعى على خلافهما هذا — نقلاً عن المرغينانى — مسألتين :

الأولى : أن المحال إذا أبرأ المحيل من الدين ، لا يصح إبرأؤه عند أبى يوسف لسبق براءته ، أى فراغ ذمته ، بالحوالة نفسها .. ويصح إبرأؤه عند محمد ، لأن الدين لم يزل باقياً فى ذمته ، وإنما الذى تحول هو المطالبة لا غير .

الثانية : أن المدين الراهن إذا أحال المبرتن بدينه ، كان له أن يسترد رهنه

(١) البحر على الكنز ٢٦٧/٦ . والتوى : تعذر تحصيل الدين بسبب لادخل للمحال فيه كإفلاس المحال عليه مثلاً ، وسيأتى تفصيله فى محله .

عند أبي يوسف ، لأن الحوالة بمثابة الإبراء . وليس له استرداده عند محمد ، لأن الحوالة بمثابة التأجيل إلى التوى . (١)

١١ — ومن الناس من ينكر نسبة هذا الخلاف إلى محمد (٢) . ولعل منهم المحقق الزيلعي نفسه فقد نقل ، على أثر ما أسلفناه عنه ، من « الزيادات لمحمد : أن السر في عدم بطلان حق البائع في حبس المبيع ، إذا أحاله المشتري بالثمن ، وفي عدم بطلان حق المرتهن في حبس الرهن ، إذا أحاله الراهن بالدين إنما هو بقاء حق المطالبة لسكل منهما والمحال عليه نائب عن المحيل ، فمطالبة المحيل وإن كان المحيل قد برئت ذمته (٣) .

نعم هم ينقلون عن محمد أحيانا أحكاما تدورهم صحة نسبة الخلاف إليه في انتقال الدين فمن ذلك ، كما حكاه صاحب العناية على الهداية (٤) :

١ — أن المحال إذا أبرأ المحال عليه صح لإبرأؤه عنده ، ولا يرتد بالرد .

(١) الزيلعي على السكز ١٧٢/٤ والاشباه والنظائر لابن نجيم ٤٤/٢ .

(٢) فتح القدير على الهداية ٤٤٦/٥ .

(٣) الزيلعي على السكز ١٧٢/٤ أي إن حكم الإمام محمد ببقاء حق حبس الرهن أو حبس المبيع لا يستلزم اعتبار بقاء الدين في ذمة المحيل غير منقول ، لأن بقاء حق المحال في مطالبة المحال عليه كاف لتعليل بقاء حق الحبس المذكور مع الحوالة وقد يضاف إلى ذلك أن مجرد انتقال الدين بالحوالة لا يستلزم تخلي المحال عن ضمانات الوفاء من رهن أو حبس مبيع في نظر محمد .

ولكن لا يخفى أنه لا دلالة في كل هذا على نفي خلاف الإمام محمد في انتقال الدين بالحوالة وبرأؤه المحيل لأن محمدا ينقل في الزيادات نفسها آراء أبي حنيفة وأن الزيادات معدودة من الكتب الستة التي هي كتب ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وابست سهلا لآراء محمد وخلافاته ، كما هو معروف لدى الحنفية .

(خبير الموسوعة)

(٤) العناية بهامش فتح القدير ٤٤٥/٥ .

ولو كان الدين قد انتقل إلى ذمته ، لارتد الإبراء برده ، لأنه يسكون من قبيل تمليك الدين من عليه الدين ، والتمليك يرتد بالرد ، كإبراء المحيل قبل الحوالة ، وإبراء الأصيل في الكفالة .

٢ — أن المحيل إذا أراد قضاء الدين بنفسه يجبر المحال على قبوله . ولو كان قد برىء اسكان متبرعاً كالأجنبي والأجنبي .. إذا تبرع بقضاء دين لا يجبر صاحبه على قبوله .

فإن صح هذا النقل ، وصح تعليله ببقاء الدين في ذمة المحيل ، فهما إذن قولان لمحمد . وإلا فسيأتى لنا — في جواب الإيرادات على التعريف — إمكان تأويله بما ينمى خلافه .

— على أن الخلاف نفسه ثابت في المذهب على أية حال .. والتسكف واضح في تخريج مسائله كلها وفق وجهة نظر واحدة ، كما ستري . ولذا يقول صاحب البدائع (وهو من منكرى أن يكون الخلاف قديماً) : « واختلف مشايخنا المتأخرون في كيفية النقل ، مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً للحوالة . قال بعضهم : إنها نقل المطالبة والدين جميعاً^(١) ، وقال بعضهم : إنها نقل المطالبة فحسب ، فأما أصل الدين فباق في ذمة المحيل ، ثم أخذ يستدل لكلا الرأيين^(٢) . ونحن نرجى هذا الاستدلال إلى موضعه في آثار الحوالة وأحكامها . أما الآن فتابع الكلام في تعريف الحوالة :

إن التعريف السابق للحوالة لا يصلح على قول منكرى انتقال الدين فيها ، وإنما هي عندهم : « نقل المطالبة فحسب من ذمة إلى ذمة » .

(١) أخذ مرشد الحيران بهذا التعريف في المادة / ٨٧٦ .

(٢) البدائع ١٧/٦ .

ولو أطلقنا المطالبة لصلح التعريف لكلا الفريقين ، لأن الأصل ، في الحوالة ما دامت قائمة ، أن المدين إذا أحال بدينه لا يطالب به إجماعاً (١) .

على أن هنالك رأى زفر ، الذهاب إلى أن الحوالة لا تنقل ديناً ولا مطالبة وإنما تضم ذمة إلى ذمة فهي والكفالة سواء ، إذا كانت مطلقة فإن كانت مقيدة (٢) فكفالة ورهن . وعندئذ تعرف على رأى زفر بأنها : « ضم ذمة ، أو ذمة ورهن إلى ذمة أخرى » .

(رابعاً)

تعريف الحوالة عند غير الحنفية

— إن التعريف الذى ذكره الحنفية للحوالة يوجد فى كتب المذاهب الأخرى :

(أ) تارة كما هو — كما فعل ابن قاسم الغزى وأصحاب الحواشى عليه من الشافعية (٣) وصاحب البحر الزخار من الزيدية (٤) .

(ب) وتارة مع التصريح بلازمه وهو براءة الذمة الأولى ، احترازاً عن الضمان بناء على أن فيها أيضاً نقلاً للدين وإن كان المشهور خلافة كما فعل بعض المالكية (٥) . على أنه مع ذلك يبقى تعريفهم غير مانع عند من يرى

(١) فتح القدير على الهداية ٤٤٣/٥ والبحر على الكنز ٢٤٠/٦ والبحر على الكنز ج ٦ ص ٢٤٠

(٢) الحوالة المقيدة هى التى ياتزم فيها المحال عليه بأداء الدين من مال للمحيل عنده فإذا التزم أداءه بصورة مطلقة دون هذا القيد فهي حوالة مطلقة .

(٣) « نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه » حاشية الباجورى على ابن قاسم ٣٩١/١ .

(٤) « نقل حق من ذمة إلى ذمة » البحر الزخار ٦٧/٥ .

(٥) « قال ابن الحاجب : نقل الدين إلى ذمة تبرأ بها الأولى وقال ابن عرفة :

طرح الدين عن ذمة بمثله فى أخرى (حاشية) التحفة على ابن سودة ٣٣/٢ .

الضمان (١) مبرئاً أيضاً للمضمون عنه ، كإظهارية (٢) ، والإمامية (٣) ، وكثير من الإباضية (٤) .

(ج) وتارة مع شيء من التحوير ، كأن يعبروا بدلا من النقل بأثره وهو الانتقال ، وذلك أما مع إضافة « براءة الذمة الأولى » — كما فعل صاحب « مدارج الكمال » من الإباضية (٥) ، أو مع بديل عنها ، وهو أن يستعمل في عقدهما التعبير بلفظ الحوالة ، أو لفظ آخر بمعناها الخاص — كما فعل الحنابلة (٦) ،

(١) الضمان هو الكفالة عند الظاهرية والإباضية ، وتسمى أيضاً الحماة والزعامة والقبالة . أما عند الإمامية فالضمان هو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ، وأقسامه ثلاثة : ضمان المال ، والحوالة ، والكفالة (وهي التعهد بالنفس) .

(٢) المحلى ١١٣/٨ : « الحق قد سقط جملة عن المضمون عنه ولا سبيل للمضمون له إليه أبداً وإنما حقه عند الضامن أنصفه أو لم ينصفه . . . وعن الحسن ومحمد بن سيرين قالا جميعا : الكفالة والحوالة سواء ، .

(٣) المختصر النافع ١٤٢ في الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية طبع جامعة النجف ١٤٥/٤ .

(٤) شرح النيل ٦٢٥/٤ : « الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة نقلاً تبرأ به الأولى . . . وهذا التعريف غير مانع لشموله الحماة . . . وقيل : طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى . . . »

(٥) مدارج الكمال ١١٤ :

أما انتقال المال من ذى الذمة

لذمة آخرى مع التبرية

حوالة

(٦) منتبهى الإرادات ١٦/١ : « انتقال مال من ذمة إلى ذمة بلفظها أو

معناها الخاص » .

ولما بدون أية إضافة — كما فعل بعض الشافعية (١) .

ولعل التعبير بالانتقال أحسن وأدق من التعبير بانتقل ، لأن الانتقال هو الذى يبقى وتوارد عليه الأحكام من فسخ وانفساخ وما إليهما (٢) .

وقد يستعمل بعضهم فى تعريف الحوالة لفظ « التحويل » نفسه (على ما فيه من الدور المفسد للتعريف) (٣) ، كما فعل بعض الإمامية ، إلا أنه أضاف إضافة تجارى من ينكرون الحوالة المطلقة فيشترطون فيها مديونية المحال عليه بدين الحوالة ، فالحوالة عندهم مقيدة أبدا ، ونص عبارته : « تحويل المال من ذمة إلى ذمة » .

(١) مفعى المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ : « عقد يقتضى نقل دين من ذمة ، إلى ذمة ويطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى ، والأول هو غالب استعمال الفقهاء » .

(٢) نهاية المحتاج على المنهاج ٤٠٨/٤ .

(٣) الدور : هو توقف معرفة كل من أحد الشيئين على الآخر (كليات أبى البقاء ، وتعريفات الجرجاني) وهو طريقة فاسدة فى التعريفات الفنية الكاشفة عن ماهيات الأشياء وحقائقها .

ويقع الدور إذا أدخل فى التعريف لفظ الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته . كما لو قيل فى تعريف العلم : هو إدراك المعلومات . أو قيل فى تعريف المدرسة : هى المكان الذى تدرس فيه العلوم ، أو قيل فى تعريف البيت : هو الذى خصص للمبيت فيه . فى هذه التعريفات لا تمكن معرفة معنى العلم والمدرسة والبيت إلا من بعد فهم تعريفاتها ، وفى الوقت نفسه لا يمكن فهم تعاريفها إلا إذا كانت هذه المعروفات نفسها معروفة ، وهذا معنى الدور ، لأن القارئ المتعلم يدور منها فى حلقة من رغبة .

وفى تعريف الحوالة المنقول عن بعض الشيعة الإمامية هنا قد استعمل لفظ (التحويل) وهو والحوالة صيغتان من مادة واحدة ، فيقع الدور . (خبير الموسوعة) .

ذمة مشغولة بمثله ، أى لصاحب الذمة الأولى (١) ، وإن كان هذا التقييد خلاف الراجح عندهم (٢) .

— ثم إن هذا النقل أو الانتقال أمر حكى لاحسى ، ويترتب على سبب شرعى هو عقد الحوالة نفسه . فالتعريف الحقيقي إنما يكون بالعقد . ولذا عبر كثيرون بهذه العبارة : « عقد يقتضى (نقل أو انتقال) دين من ذمة إلى ذمة » (٣) ، أو بهذه العبارة : « عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى » (٤) .

على أن هناك من يذاع في أن الحوالة عقد ، أو يرى أنها تتم بالإرادة المنفردة . يقول ابن رجب الحنبلى فى قواعد : « إن قلنا نقلا لم يعتبر لها (أى للحوالة) قبول » (٥) . ويقول الأئمة بالله من الزيدية : « ولا يعتبر المجلس فى قبول الحوالة إذ ليست عقداً » (٦) .

(١) فقه الإمام جعفر ٤ / ٦٥ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية طبع دار الكتاب العربى بمصر ١ / ٣٦٦ .

(٢) الروضة البهية ١ / ٣٦٦ : « الحوالة وهى التعهد بالمال من المشغول بمثله . وإلا فالأقوى جوازها على البرى للأصل . . . » .

(٣) مغنى المحتاج على المنهاج ٢ / ١٩٣ .

(٤) فقه الإمام جعفر ٤ / ٦٥ .

(٥) القواعد لابن رجب ٣٢ — ٣٣ : « الحوالة هل هى نقل للحق أو تقبيل ؟ فإن قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول ، وإن كانت تقبيلاً فلا بد من القبض بالقول وهو قبولها فيجبر المحتال عليه » .

(٦) البحر الزخار ٥ / ٦٩ .

— كما أن النقل نفسه ، أو الانتقال ، لا يتصور إلا بكثير من التسكف (١) كتقدير أن المحال استوفى دينه من مدينه ثم أقرضه المحال عليه . ولذا نجد الذين يعتبرون الحوالة عقد بيع للدين ولا يقبلون الحوالة المطلقة (بل يشترطون لصحتها كون المحال عليه مدينا للمحيل) يصرحون بأن ليس لنقل الدين من معنى سوى أن مثل الدين أو نظيره يثبت للمحال في ذمة المحال عليه (٢) ، ولم يبالوا بأن هذا المثل ، أو النظر ، لم يكن قط في ذمة المحيل حتى يتحقق فيه معنى النقل أو الانتقال ثقة منهم بأن حقيقة الحوالة هي الاستخلاف على الدين ، وهو ثابت في مكانه لم يبرحه .

وهذه هي أحدث نظريات القانون المدني الوضعي في معنى الحوالة (٣) ، فكم لفقهاثنا من سبق بعيدا حتى لقد اختصر بعضهم الطريق وآثر أن يتفادى التعبير بالنقل — كما فعل ابن عرفة من المالكية — إذ عرف الحوالة بأنها « طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى أى بالتزام مثله في ذمة أخرى ، ذلك أن ما كان في الذمة الأولى يسقط بمجرد الحوالة وتبرأ منه تلك الذمة ، والذي يخلفه في الذمة الأخرى ليس إلا مثاله أو نظيراً .

والتعريف بهذه الصورة مانع لا ينتظم المقاصة إذ ليس فيها قيام الدين بالذمة

(١) لا تكلف لأن النقل حكمي اعتباري ، وآثار العقود كلها اعتبارية كنقل الملكية بالبيع ، والمنافع بالإجازة ، ومصدرها الإرادة والتراضي بين ذوى الحقوق فكما تسقط الإرادة الحق أو تعدله بلا تكلف كذلك تنقله حكماً ، وهذا التقدير بالاستيفاء ثم الإقراض هو المتسكف . (خبير الموسوعة) .

(٢) حاشية البجيرمي على المنهج ٣ / ١٩ وحاشية الباجوري على ابن قاسم

١ / ٣٩١ .

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٣ / ٤١٩ .

الأخرى (١) ، ثم هو متفق مع ما عليه أكثر المالكية من أن الحوالة بيع دين بدين (٢) . وربما خيل للناظر أنه مبني على أن الحوالة إسقاط بعوض . وسيجيء الفصل في هذا النزاع وما يجري مجراه (ر : ف / ٤٦ وما بعدها) (٣) .

ومن مظاهر نظرية الاستخلاف هذه في الفقه المالكي (٤) قوامه : « ينزل المحال من المحال عليه منزلة المحيل منه (أى من المحال عليه) ومنزلته هو (أى المحال) من المحيل ، أى إنه لا يجوز للمحال في الدين الذى فى المحل الثانى ، إلا ما كان يجوز للمحيل فيه وما كان يجوز له هو فى دينه على المحيل .. فمثلاً : إذا احتال بطعام (أى قمح) من قرض على طعام من سلم ، أو بالعكس ، لم يحز له أن يبيع دين الحوالة من غير المحال عليه قبل قبضه ، لأنه بالنسبة للمحيل يسكون بيع طعام معاوضة قبل قبضه — إن كان طعام سلم (أى إن كان دين المحيل عند المحال عليه قمحاً اشتراه منه المحيل بعقد سلم) فإن كان طعام قرض ودين المحال على المحيل طعام سلم ، كان تمتعاً على المحال ببيع قبل قبضه ، فكذا ما ناب مثابه (٥) .

(١) حاشية التحفة على ابن سودة ٢ / ٣٣ .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٢٢٥ وبلغه السالك على أقرب المسالك

٢ / ١٥٣ .

(٣) إن رأى المالكية فى تعريف الحوالة ، كغيرهم ، قائم على أساس الحوالة المقيدة وعدم جواز الحوالة المطلقة التى ليس فيها مجال لتصوير الحوالة فى صورة بيع دين بدين إذ قد لا يكون فى المطلقة دين للمحيل على المحال عليه ليتمكن حينئذ تفسيرها بأنها بيع ، فالمذاهب التى تلحق الحوالة بالبيع تضيق من دائرتها بخلاف من لا يلحقها هذا الإلحاق فإنه يوسع دائرتها بحيث تشمل صوراً لا يمكن تفسيرها بالبيع .. هذا ويلاحظ أن ما بين القوسين (ر : ف / ٤٦ وما بعدها) تفيد ما يلى : أنظر الفقرة ٤٦ من بحث الموسوعة (وما بعدها) (خبير الموسوعة)

(٤) على ما فيه من بعض التخريج المذهبي الذى لا يسنده دليل .

(٥) بداية المجتهد ٢ / ٣٠٠ .

تلك البراءة المترتبة على الحوالة ، والتي يقول بها الحنفية عدا زفر ، ويقولون إنها براءة مؤقتة مشروطة بعدم التوى .. هي عند جماهير أهل الفقه نهائية (١) .

(خامسا)

تحايل تعريف الحوالة

الحوالة نقل للدين من ذممة إلى ذمة . وهذا النقل حكى أى اعتبارى لا حسى :

فلكونه نقلا تخرج عنه الكفالة لأنها ضم ذمة إلى ذمة ، لا نقل من هذه إلى تلك .

ولسكونه نقلا حكياً اختص بالدين أضيف إليه .. إذ العين حسية لا يتصور فيها إلا النقل الحسى ، ولا يمكن اعتبارها فى محل ليست فيه لأن الحس يكذبه .

(١) مغنى المحتاج على المنهاج ٢ / ١٩٥ والمغنى لابن قدامة ٥ / ٥٨ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١ / ٣٦٦ .

إنهاء الحوالة

مقوماتها وشروطها

عرض مقومات الحوالة إجمالاً

مقومات الحوالة خمسة عليها مدارها وهي :

١ - ركن الحوالة ، وصيغتها .

٢ - المحيل .

٣ - المحال .

٤ - المحال عليه .

٥ - المحال به .

وقد سبق تعريف الأربعة الأخيرة وسيأتي تعريف الركن والصيغة .

وقد يمكن بشيء من التسامح أن نجعل هذه المقومات الخمسة هي أركان الحوالة ، كما يفعل بعض أهل الفقه ، نظراً إلى أن الحوالة بدونها لا تصور . لكن الحنفية لا يرون تجاوز الحقيقة المقررة من أن الركن جزء الماهية ، ولذا لا يجعلون للحوالة إلا ركنين اثنين فحسب : هما الإيجاب والقبول^(١) ، إذ إن صيغة عقدهما لا تتكون إلا منهما على الصحيح .

وقد يجعل قبول المحيل في مجلس العقد ركناً ثالثاً ، بناء على أنه لا بد منه^(٢) .

(١) البدائع ١٥/٦ والبحر على الكنز ٢٦٨/٦

(٢) بدائع الصنائع ١٦/٦

وجميع من قدمنا أنهم ينكرون الحوالة المطلقة يشبتون مقوماً سادساً يضاف إلى المقومات الخمسة التي ذكرها الحنفية . وهذا المقوم هو دين للمحيل على المحال عليه (١) لكن هذا يمكن إدماجه مع المقوم الخامس ، واعتبارهما معاً شيئاً واحداً هو محل الحوالة . فلا تحقق للحوالة عند هؤلاء دون اجتماعهما لأنهما العوضان اللذان يقع بالحوالة التعاقد على تبادلهما .

والمحيل دائماً طرف في العقد ، عند أوامك الذين لا يشبتون الحوالة المطلقة ، لأن له إيفاء الحق من حيث شاء فلا تلزمه جهة معينة بدون رضاه قال ابن قدامة في المغنى : « ولا خلاف في هذا (٢) والحنفية أنفسهم لا ينازعون في وجوب رضا المحيل إذا كانت الحوالة مقيدة على التحقيق . أما الحوالة المقيدة إذا لم يتوافر فيها رضا المحيل فليست عندئذ من الحوالة المقيدة إلا صورة فحسب ، فمن في الواقع حوالة مطلقة ، كما يستفاد من فحوى كلا صاحب العناية شرح الهداية (٣) .

(١) خرشي على خليل ٢٣٣/٤ ومغنى المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ والمغنى ٥٥/٥ والفروع ٦٢٧/٢ والمحلى ١٠٨/٨ وبلغة السالك على أقرب المسالك ١٥٣/٢ . ولا يجهل هؤلاء الفقهاء أن المحسوسات لا تكون من أجزاء المعاني المجردة ، ولكنها طريقة من طرق التعليم ، يراد بها التقريب على الطلاب وحصر مباحث الموضوع في أطراف معينة ، تجوزوا في تسميتها أركاناً لشبهها بالآركان من حيث عدم الاستغناء عنها .

(٢) المغنى لابن قدامة ٥٨/٥ ومغنى المحتاج على المنهاج ١٩٣/٢ وتذكرة الفقهاء ١٠٦/٢ .

(٣) العناية - بهامش فتح القدير - على الهداية ٤٤٥/٥ وقد خطأ السكالك بن الهمام من الحنفية قول ابن قدامة الآنف الذكر : إن رضا المحيل لا خلاف فيه . والذي نراه أنه لا محل لهذه التخطئة لأن كلام ابن قدامة في الحوالة المقيدة وهو ممن لا يقولون بصحة الحوالة المطلقة التي يقول بها الحنفية ويستغنون فيها عن رضا المحيل ، ولا يجعلون رضاه لازماً إلا لأجل الرجوع عليه كما يستفاد من العناية في المحل الآنف الذكر . (ر : فتح القدير ٤٤٥/٥) .

والمحال عليه أجنبي على الأصح عن عقد الحوالة عند الأكثرين من منكرى.
الحوالة المطلقة (أى باستثناء الإباضية والإمامية) (ر : ف / ٦٠) ، وإن كان
لأبد من وجوده ، إذ ليست تصح حوالة دائن لنفسه على نفسه : ومن ذلك في
لمعنى : ما لو أحيل الدائن على آخر ، ثم تبين أن هذا الآخر رقيقه ، فإنها حوالة
باطلة ، كما نص عليه الشافعية (١) .

أما الاحتيال لغيره على نفسه — كما إذا كان ولياً لهذا الغير بسبب ما — فلا
مانع منه ولكنهم يخرجون فقهاً أن تأخذ الصيغة حينئذ صورة حوالة الغير على
النفس : فمثلاً : إذا خالغ الولي — على عوض يلتزم في ذمته — زوج موليته ،
وللزوجة على زوجها مؤخر صداقها أو أى دين آخر ، فأراد الزوج أن يحيلها بدينها
على ماله في ذمة وإيها من عوض الخلع — فإنه لا يصح أن يقول : « أحلت ابتك .
بكذا على مالى في ذمتك » ، بل يقول : « أحلتك لابنتك على ذمتك بما وجب لها
على » نص عليه الشافعية أيضاً (٢) ، وقالوا : هذه تصلح حيلة لولى السفينة إذا أراد
اختلاعها على مؤخر صداقها حيث منعناه من ذلك لما فيه من التفويت عاها فيستطيع
أن يلجأ إلى هذه الطريقة نفسها في مخالعة القاصرة تحت ولايته ، وسيجىء عن
الحنفية مثل هذه الحيلة (ر : ف / ١٣٧) .

وإذا كان المحال عليه أجنبياً عن عقد الحوالة في الحوالة المقيدة عند غير الحنفية.
فإن اشتراكه في عقدها — إن اتفق — عبث لا ثمرة له . بل يضر اشتراكه فيه ،
كما لو اشترط عليه في العقد شروط غير جائزة على أساس الاعتقاد بصحتها ، هكذا
قرره الشافعية (٣) .

هذا إذا توافر لعقد الحوالة طرفاه من المحيل والمحال . أما إذا وقع العقد أصالة

(١) البجيرمي على المنهج ٢٣ / ٣ وخرشى على خليل ٢٣٥ / ٤ والفروع

٢ / ٦٢٦ والبحر الزخار ٥ / ٦٧ .

(٢) النهاية على المنهاج ٤ / ٤٠٩ .

(٣) نهاية المحتاج على المنهاج ٥ / ٤١٣ .

بين المحال عليه وواحد منهما فحسب ، فمقتضى قواعدهم أنه عقد ضمان ، وليس من الحوالة في شيء ، إلا أنه يميزه الطرف الآخر عند من يجعل تصرفات الفضولي غير باطلة بل منعقدة موقوفة على إجازة من يملكها كالحنفية ، وليس منهم الشافعية في الجديد ولا الظاهرية ، ولا الحنابلة في معتمدتهم (١) .

نعم إن من لا يعتمد لانعقاد الحوالة سوى رضا المحيل — كالحنابلة والظاهرية يراها حوالة صحيحة تلك التي تجرى بين المحيل والمحال عليه ثم يجبر المحال على قبولها . أو — كما يقول بعض الحنابلة — تكون في غنية عن القبول رأساً . ويتحول حقه بمجرد الإيجاب (٢) .

وبذا تتضح نظرة غير الحنفية إلى الصور الثلاث التي يذكرها الحنفية لصيغة عقد الحوالة أي جريانها .

١ — بين المحال والمحال عليه .

٢ — أو بين المحيل والمحال .

٣ — أو بين المحيل والمحال عليه .

وعند الحنابلة خلاف في أن برامة المحيل تنحقق بمجرد الإحالة ، باعتبار أنها نقل للحق فلا حاجة فيها إلى قبول المحال أو لا تتحقق البرامة فيها إلا برضا المحال لأنها تقيض فلا بد فيها من القبض بالقول وهو قبول المحال . فإن امتنع جبره الحاكم عليه ، لأن احتياله على مولى هو واجب عليه بنص الحديث (٣) والأمثلة التي درجوا على ذكرها كلها خلو من القبول ، وقد يشعر ذلك باعتمادهم القول بعدم اشتراطه ، ولا سيما أنهم يؤثرون تعريف الحوالة بانتقال الحق من ذمة إلى ذمة . ومن أمثلتهم على ذلك (٤) .

— أحلتك بدينك (أو اتبعتك دينك) على فلان .

— اقبض ديني على فلان لنفسك .

— خذ من فلان دينك ، اطلب دينك من فلان (٥) .

(١) مغنى المحتاج على المهاج ١٥/٢ والمحلى ٤٣٤/٨ والفروع ٤٦/٢ .

(٢) المغنى لابن قدامة ٦٠/٥ والفروع ٦٢٦/٢ والمحلى ١٠٨/٨ و١١٠ .

(٣) القواعد لابن رجب ص/٣٢ تحت القاعدة ٢٣ .

(٤) مطالب أولى النهى شرح المنتهى ٤٢٤/٣ .

(٥) كشف المخدرات ٢٥٤ وغاية المنتهى ١١٤/٢ والإنصاف ١١٥/٥ .

شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية والرد عليها

أشرنا في الملحة التاريخية في أول هذا الموضوع إلى سبق الشريعة الإسلامية في تنظيم الحوالة ؛ وإلى ما قرره المستشرقون من فضل الشريعة الإسلامية على أوروبا في معرفة هذا النوع من المعاملات ونقله عنها .

ومن المؤسف حقاً أن تثار شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية ، لامن المستشرقين كما قد يتبادر إلى الذهن ، وإنما من بعض القانونيين المسلمين المعاصرين ، الذين كانوا — لمعرفتهم باللغة العربية وقدرتهم على فهم كتب الفقه — أقدر على فهم وتقدير ما في الشريعة من كنوز فقهية وإبرازها والدفاع عنها .

وقد خصصنا هذا البحث لعرض هذه الشبهات ومناقشتها ؛ وهي تدور حول أمور ؛ منها زعم أن الفقه الإسلامي لا يسلم بحوالة الدين ولا بحوالة الحق ، وأن الحوالة المعروفة في الشريعة الإسلامية ليست حوالة بالمعنى الدقيق . . إلى غير ذلك .

وقد بدأ اللفظ حول الحوالة في الشريعة الإسلامية منذ صدور القانون المدني المصري القديم (الأهلى والمختلط) عندما حاول الشراح بيان أصل ما ورد به من أحكام الحوالة ، وكتب في ذلك الأساتذة محمد كامل مرسى^(١) وعبد الرزاق السنهورى^(٢) وشفيق شحاته^(٣) والشيخ أحمد إبراهيم^(٤) وغيرهم .

واستمر البحث في هذا الموضوع حتى يومنا هذا مع مزيد من التوسع والتعمق ، ولم يؤد إلى حسم النقاش أو بيان وجه الحق فيه ؛ بل إن رسالة الدكتور عبد الودود يحيى وموضوعها : حوالة الدين (دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين

(١) المجموعة المدنية طبعة — ١٩٤٠م . صفحة ١٦٨ .

(٢) موجز الالتزامات صفحة ٥٢٨ ، ومقالة « وجوب تنقيح القانون المدني ،

صفحة ١٢٢ .

(٣) رسالة الدكتوراه صفحة ١١٦ .

(٤) مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات طبع ١٩٤٥ . صفحة ٢١٨ — ٢٢٥ .

الألماني والمصري (١) لم تتعرض لمناقشة هذه الشبهات من قريب أو بعيد رغم تخصيصها خمسين صفحة لدراسة الحوالة في الشريعة الإسلامية .

وسنكتفي هنا بعرض بعض ما كتب مؤخرا لتوضيح وجهات النظر المتباينة في هذا الموضوع :

كتب بعض القانونيين يقرر أن الشريعة الإسلامية عرفت حوالة الدين ولم تعرف حوالة الحق . وتابع بعضهم بعضاً في هذا ومن ذلك ما كتبه الدكتور حسن الذنون إذ يقول : « والشريعة الإسلامية أقرت حوالة الدين دون حوالة الحق على رأى معظم الفقهاء » (٢) .

ومن ذلك أيضاً ما كتبه الدكتور صبحي المحمصاني في قوله : « اختلف الفقهاء حول حوالة الحق ، بعضهم (ومنهم مالك) أجازوها ، ولم يجزها آخرون .. ومنهم الشافعي وأحمد . أما الحنفية فلم يجيزوها من حيث المبدأ ولكنهم أجازوها في حالات استثنائية على أساس الافتراض القانوني ، أما حوالة الدين فأجازها الجميع » (٣) .

لكن الدكتور عبد الرزاق السنهوري لم يوافق على هذا الرأى القائل بأن الشريعة عرفت حوالة الدين ولم تعرف حوالة الحق ، بل ذهب إلى أن الشريعة لم تعرف الحوالة مطلقاً لا في الحق ولا في الدين (٤) .

وقد ألح الدكتور السنهوري على نفي وجود حوالة دين في الفقه الإسلامي ، بينما كل الذين حاولوا قبله من الباحثين المعاصرين (كالشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله ، والدكتور شفيق شحاته ، والدكتور الذنون) أن ينفوا وجود بعض صور من الحوالة في الفقه الإسلامي إنما حصروا نفهم في حوالة الحق في المذهب الحنفي ؛ ولم يتصور أحد منهم أن ينفي وجود حوالة الدين فيه لأن من المسلمات البديهية

(١) طبعة ١٩٦٠ م . صفحة ١٠١ — ١٥٠ .

(٢) أحكام الالتزام في القانون المدني العراقي (٢٠٧) .

(٣) النظرية العامة للوجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ٢٠١ .

(٤) الوسيط للسنهوري ٣/٤٢١ — ٤٢٢ .

أن حوالة الدين هي الصورة البارزة الأصلية للحوالة التي عرفت في صدر الإسلام، بأمر الرسول عليه الصلاة والسلام، ومارستها المجتمعات الإسلامية الأولى فعلا في معاملاتها، وعالجها فقهاء الإسلام من أئمة المذاهب وأتباعهم بالتفصيل.

وتفسير هذا التصور الغريب جداً من الأستاذ السنهوري أن من سبقوه بفكرة النفي المذكور نظروا إلى واقع مسائل الحوالة في فقه المذاهب فكانت صورة حوالة الدين واضحة جداً أمام أعينهم وصورة حوالة الحق مستترة خلف حوالة الدين فلم ينتبهوا لها، لأنهم تلمسوا في الحوالة معنى البيع من كل وجه فلم يجدوه في المذهب الحنفي.

أما الأستاذ السنهوري فإنه لم ينظر في صور الحوالة التي وجدوها في نصوص الفقهاء إلا بمنظار التطور التاريخي من زاوية التشريع الوضعي في القانون الروماني وما بني على أساسه في أوربا، كما تطلب أن يجد في الحوالة وأحكامها في فقه المذاهب ملامح الصورة القانونية الحديثة التي يعرفها. فإذا اختلف النظر الفقهي في بعض الجزئيات عن النظر القانوني الحديث حكم بأن الحوالة غير موجودة في الفقه الإسلامي.. نظير من يحكم بأن الفقه الإسلامي لم يعرف شركة العقد إذا رأى أن أحكام الشركات الفقهية لا تتفق تمام الاتفاق مع أحكام الشركات في القانونين المدني والتجاري، ولا يخفى ما في هذا النظر من بعد عن الصواب.

وقد بينا فيما سبق وجه الشبهة عذمن ينكرون حوالة الحق في الفقه الإسلامي ونكتفي بما ذكرناه هناك.

أما ما أورده الدكتور السنهوري من إنكار حوالة الدين في الفقه الإسلامي فنتناوله بالمناقشة التفصيلية فيما يلي:

(أولاً)

أول ما يلتفت النظر فيما كتبه الدكتور السنهوري عن الحوالة في الشريعة الإسلامية أنه قد جعل المصطلحات القانونية المعاصرة ميزاناً للحكم على الفقه الإسلامي!

حوالة الحق بمفهومها القانوني الحاضر — وحوالة الدين — بمفهومها القانوني الحاضر — وتجديد الدين — والإنابة في الوفاء — والكفالة (المحورة أو المحضنة) والخلافه الخاصة والعامة . . . إلى آخر هذه المصطلحات بمفهومها القانوني الحديث ؛ بل في القانون المدني المصري الجديد بالذات ، أراد الدكتور السنهوري أن يصنف ، تبعاً لها ، آراء المذاهب في الفقه الإسلامي ، فإذا لم يطابق رأيهم هذه المصطلحات الحديثة بجميع شرائطها وآثارها — وهذا ما لا يمكن تحقيقه بحال — اعتبر أن حوالة الدين ، فضلاً عن حوالة الحق ، لم يعرفها أى من المذاهب الفقهية الإسلامية ، وإنما الذى عرفوه هو فى نظره كفالة محورة أو ما أشبه ذلك (كما سنرى فى كلامه) .

وهذا — من الدكتور السنهوري — منطق غريب ؛ أن يجعل شريعة ما حكماً على شريعة أخرى ، إذ أن لسكل شريعة منهجها فى تحقيق المصالح التى تهدف إلى تحقيقها من طريق الأحكام ،

ولو أن الدكتور السنهوري اكتفى بإجراء مقارنات فى الأحكام بين أحد مذاهب الفقه الإسلامى — أو بين الفقه بجموع مذاهبه — وبين القانون المصرى أو غيره من القوانين ، لكان نهجاً طبيعياً لا مجال لانتقاده . . .

وقد أورد الأستاذ السنهوري كثيراً من نصوص المذاهب الفقهية المختلفة مستدلاً بها على رأيه . . ولا نجد بعد ما تقدم ذكره حاجة لمناقشته فيها ، لأن منهجه فى الاستدلال بها واحد ، وهو بيان مخالفة أحكام الفقه الإسلامى فى مذاهبه المختلفة لأحكام الحوالة فى القانون المصرى ، وهذا عنده كاف للحكم بعدم وجود حوالة مطلقاً فى الفقه الإسلامى ، فنسكتفى بإيراد آرائه الغريبة التى انتهى إليها وهى تتجلى فى أقواله التالية :

١ — الحوالة المقيدة أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق ، (١) .

٢ — « يمكن فى الحوالة المطلقة أن تتصور أن المدين يريد أن يحيل دينه على

(١) الوسيط ٤٢١/٣ و ٤٢٨ — ٤٣٣ .

الأجنبي وهذه هي حوالة الدين بالمعنى الدقيق ، ولا يسلم بها الفقه الإسلامى خلافاً لما يقال عادة .. وهى (عنده) أقرب إلى أن تكون كفالة أو تجديداً للدين ، من أن تكون حوالة دين ، (١)

٣ — ويمكن كذلك فى الحوالة المطلقة أن تصور أن الدائن هو الذى يريد أن يحيل حقه للأجنبي وهذه هي حوالة الحق بالمعنى الدقيق ، وحوالة الحق أيضاً لا يسلم بها الفقه الإسلامى بوجه عام خلافاً لما يقال عادة .. ذلك أن الحنفية والشافعية والحنابلة لا يسلمون بهذه الحوالة ، أما المالكية فيسلمون بها فى حدود معينة ، (٢) .

٤ — « حوالة الدين هي المعنية بلفظ الحوالة فى الفقه الإسلامى .. فإذا ذكرت الحوالة قصد بها حوالة الدين دون غيرها ، ثم حوالة الحق ، ولا يعرف الفقه الإسلامى هذا التعبير ، ويسمى حوالة الحق : بيع الدين ، أو هبة الدين ، (٣) .

٥ — « والذى يخاص من كل ذلك أن حوالة الدين (أى فى الفقه الإسلامى) هي إما تجديد ، أو كفالة محورة ، أو كفالة محضة فى الفقه الحنفى ، وهى تجديد للدين بتغير المدين ، وبتغير الدائن فى المذاهب الأخرى ، (٤) .

٦ — « ولا يسكاد يسلم (الفقه الإسلامى) بانتقال الحق فيما بين الأحياء

(١) الوسيط ٣ / ٤٢١ .

(٢) الوسيط ٣ / ٤٢١ .. وذلك فى نظره لأن المذاهب الفقهية تشترط فى الحوالة مديونية المحيل للمحال بينما القانون لا يشترط ذلك .

(٣) الوسيط ٣ / ٤٢٢ .

(٤) الوسيط ٣ / ٤٢٧ حاشية .

إلا عن طريق الحيلة في المذهب الخنفي (١)، وإلا في كثير في التردد في مذهب مالك، (٢).

(ثانياً)

بنى الدكتور السنهوري رأيه في الحوالة الشرعية على منطلق خاطيء. هو أن الشريعة الإسلامية تحكمها قوانين التطور الاجتماعي كما هو الشأن في القوانين الوضعية الأخرى، فقد وجد أن القانون في تاريخه الطويل منذ الرومان حتى عهدنا الحاضر قد تطور من عدم الاعتراف بالحوالة، والتحايل عليها بالتجديد والإنبابة، إلى معرفة حوالة الحق ثم معرفة حوالة الدين... وأراد أن يطبق هذه الظاهرة على الشريعة الإسلامية فاستعصت عليه، فلجأ إلى البحث في تفاصيل الآراء المذهبية وتحليلها توصلنا إلى هذه النتيجة التي أرادها.

ولتفصيل ذلك نورد نص ما كتبه الدكتور السنهوري... فقد كتب يقول :

ليس صحيحاً أن الفقه الإسلامي عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق، وإلا كان هذا بدعاً في تطور القانون فمن غير الطبيعي أن يعرف نظام قانوني حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق كما أنه من غير الطبيعي أن يسلم نظام قانوني بانتقال الدين بين الأحياء وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت. فالفقه الإسلامي كان في تطوره طبيعياً كسائر النظم القانونية : لم يعرف حوالة الدين، لا بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده. ولا بين الأحياء إلا في صورة من صور الكفالة أو التجديد... وعرف حوالة الحق، بسبب الموت، حوالة كاملة إذ الحقوق الشخصية اتى للتركة تنتقل إلى الورثة وبين الأحياء بقيود معينة وفي مذهب واحد هو المذهب المالكي، (٣).

(١) الحيلة التي أشار إليها هي الإقرار بالحق لمن يراد نقله إليه، أو هبته إليه مع توكيله بقبضه، فيقبضه أولاً بحكم الوكالة ثم يملكه بحكم الهبة.

(٢) الوسيط ٤٣٧/٣ حاشية

(٣) الوسيط ٤٢١/٣ — ٤٢٢.

ويعود إلى تأكيد ذلك في نهاية بحثه عن الحوالة في الشريعة الإسلامية، إذ يقول:

« ويخاص من كل ذلك أن الفقه الإسلامى لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربى في أى مذهب من مذاهبه .. وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه ، وهو مذهب مالك دون المذاهب الأخرى .. فلم يكن الفقه الإسلامى إذن بدعاً في تطوره كما قدمنا ، ولم يقر حوالة الدين دون أن يقر حوالة الحق ، بل هو قد سار على السنن المألوفة في التطور ، إذ بدأ بإقرار حوالة الحق بسبب الموت ، ثم بإقرار منه الحوالة بين الأحياء ولكن في مذهب واحد من مذاهبه .. ثم وقف تطوره عند ذلك ، فلم يقر حوالة الحق بين الأحياء في المذاهب الأخرى ولم يقر حوالة الدين أصلاً بسبب الموت ولا بين الأحياء » (١) .

ثم يكرر هذا التأكيد نفسه في حاشية الصفحة ٤٢٧ ذاتها فيقول :

« فلم يسلم الفقه الإسلامى أصلاً بانتقال الدين ، لافياً بين الأحياء ولا بسبب الموت ، لاعتن طريق الخلافة الخاصة ولا عن طريق الخلافة العامة ، وإنما سلم بانتقال الحق بسبب الموت ، عن طريق الخلافة العامة في الميراث ، وعن طريق الخلافة الخاصة في الوصية بالدين .. ولا يسكاد يسلم بانتقال الحق فيما بين الأحياء إلا عن طريق الحيلة في المذهب الحنفى ، وإلا في كثير من التردد في مذهب مالك .. ولا عجب في ذلك ، فهذا هو السير الطبيعى في تطور الحالة . أما تسليمه بانتقال الحق بسبب الموت ، فيبدو أن ذلك قد قام على فكرة الخلافة : خلافة الوارث للورث وخلافة الموصى له للموصى .. وهى خلافة لا تتحقق عنده إلا بالموت ، فيختق شخص السلف ويحل محله شخص الخلف » .

هذا هو رأى الأستاذ السنهورى وبنائه على التطور الطبيعى فى القانون الوضعى .. وجدير بنا هنا ، بل من الضرورى الواجب ، أن نؤكد أن المنطلق الذى بدأ منه الدكتور السنهورى منطلق خاطئ . من عدة نواح نوضحها فيما يلى :

التاحية الأولى : إن القوانين التى تحكم العلوم الكونية كالفيزياء والكيمياء هى

قوانين منضبطة ، بخلاف القوانين التي تحكم العلوم الاجتماعية فهي قوانين نسبية
تبنى على الأعم الأغلب ، وتقبل لذلك الاستثناء .. وليس هنا مجال تفصيل ذلك ، وهو
شيء معروف .

الناحية الثانية : إن الأسلوب العلمى فى دراسة القوانين العلمية أو الاجتماعية يبدأ
بامستقراء الجزئيات لينتهى باستنباط القانون أو القاعدة العامة . أما استنباط قاعدة
أو قانون من حالة أو حالات جزئية محدودة ، ثم فرضها على حالات أخرى فمخالف
الأسلوب العلمى .

كان الواجب يقتضى وضع الشريعة الإسلامية وفقها فى مكانها التاريخى من
فقه الرومان وفقه أوروبا فى القرنين التاسع عشر والعشرين قبل استنباط القاعدة
العامة فى تطور القوانين ، إن كان هناك قاعدة عامة .

أما أن نستنبط قاعدة التطور من تاريخ القانون الوماني والقوانين الأوروبية
المأخوذة عنه ، ثم نحاول تطبيقها على الشريعة الإسلامية خطأ فى المنهج العلمى
للاستقراء والاستنباط والتطبيق .

الناحية الثالثة : إن أحكام الحوالة فى الفقه الإسلامى ليست اجتهاداً فقهيها نابعاً
من الحاجة والمصلحة الزمنية المتطورة بقدر ما هى تطبيق لنصوص آمرة فى الشريعة
الإسلامية هى التى ضبطت هذه الأحكام فى تطورها كالحديث النبوى الشريف القائل :
« مظل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أهلكم على ملء فليتبّع » ، وفواعد منع بيع الدين من
غير من هو عليه ، ومنع البيوع الربوية ، وغير ذلك كما هو واضح من مناقشات
الفقهاء فى أحكام الحوالة الفرعية مما سبق ذكره فى مواضعه من الموضوع وإن
ارتباط هذه النصوص والقواعد الشرعية بالأصل السماوى للشريعة يمنع من إخضاعها
لسنة التطور إلى التشريع الوضعى ، لأنها نزلت من عند الله ولم تنبع من
حاجة الناس .

والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها قواعد الإثبات بالكتابة ، وإثبات الدين التجارى ،
وتحريم الامتناع عن تحمل الشهادات .. (١)

(١) انظر تفصيل ذلك فى التشريع الجنائى الإسلامى لعبد القادر عودة ١/١٣-٦٣-

وفي ذلك يقول الأستاذ الشهيد عبد القادر عودة رحمه الله : « وجه الخطأ في قياس الشريعة بالقانون أنهم سوا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر وبين الشريعة الإسلامية التي تكفل وضعها خالق البشر .. فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء ، والناس برب الناس ، فكيف يستوى في عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه ، وأرضه بسمائه ؟ وجه الخطأ في هذا القياس أنهم سوا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان في طبيعتهما جد الاختلاف والقاعدة أن القياس يقتضي مساواة المقيس بالمقيس عليه ، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس ، أو كان القياس باطلاً . »

وبعد أن أوضح رحمه الله نشأة القانون الوضعي وتطوره والمراحل التي مر بها حتى وصل إلى شكله الحالي في تطور بطيء استمر آلاف السنين . . كنب عن نشأة الشريعة ما يلي :

إن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق . . لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سارت تطورها ونمت نموها ، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجاً ، ولا تشهد فيها نقصاً ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التي وحصل إليها أخيراً القانون الوضعي مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه أخيراً القانون الوضعي ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن يتحقق من المبادئ هو موجود في الشريعة من يوم نزولها . ، (١) .

الناحية الرابعة : ذهب الدكتور السنهوري في محاولته تطبيق سنة التطور على الشرع الإسلامي إلى حد القول بأن « الفقه الإسلامي بدأ بإقرار حوالة الحق بسبب الموت ثم بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء ، ولكن في مذهب واحد من مذاهبه ثم وقف تطوره عند ذلك »

ولم يبين الدكتور السنهوري كيف حدث هذا التطور؟ «متى» بدأ الفقه الإسلامي بإقرار حوالة الحق بسبب الموت، «ومتى» ثنى بإقرار هذه الحوالة بين الأحياء؟ وما «المدة» التي مضت بين الأمرين حتى يقال إن هناك «تطوراً» قد حدث؟

إن اثبات من دراسة تاريخ التشريع الإسلامي أن أحكامه نزلت مفرقة في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم في المدينة المنورة التي لم يتجاوز عهده فيها إحدى عشرة سنة.. وأن المواريث (أو حوالة الحق بسبب الموت) ظلت في صدر الإسلام على ما كانت عليه في الجاهلية، من توريث بالنسب يرث فيها الذكور المقاتلون دون الصغار والإناث.

وتوريث بالسبب يتوارثون بالهلف والتبني (١)، ثم في بدء حياة المسلمين بالمدينة آخى الرسول بين المهاجرين والأنصار فسكانوا يتوارثون بهذا الإخاء في ابتداء الإسلام إرثاً مقدماً على القرابة.. ثم نسخ التوارث بالمواخاة بعد غزوة بدر (٢).

أما آيات المواريث «يوصيكم الله في أولادكم...» فقد نزلت بعد غزوة أحد (٣).

ثم كان نزول آية «يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة...» يقول ابن العربي: ثبت في الصحيح أن البراء بن عازب قال: «... وآخر آية نزلت آية الكلالة» (٤).

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٩٠ — ٩١

(٢) إمتاع الأسماع للمقريزي ج ١ ص ٤٩ — ٤٠

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٣٣٣ والآيتان من سورة النساء

١١ و ١٢

(٤) أحكام القرآن العربي ج ١ ص ٥١٩ والآية هي آخر آية في سورة النساء

ورقها ١٧٦.

وهكذا يتضح أن آيات المواريث وأحكامه جاءت مفرقة على عدة سنوات خلال إقامة الرسول صلى الله عليه وسلم بالمدينة .

أما حديث الحوالة فلم نثر على سبب وروده أو تاريخه ، ولا نظن أن الدكتور السنهوري قد عثر على ذلك وإلا لأبداه تأييداً لرأيه ، وأيا كان تاريخ حديث الحوالة فلا يصح القول بأن إقرار الحوالة جاء بعد إقرار الميراث (الذى بينا أن تنظيمه النهائى بآية الكلاله كان فى آخر حياة الرسول صلى الله عليه وسلم) وبأن ذلك سنة التطور فى القوانين .. فالتطور الذى يحدث بين القانون الرومانى والنوانين الوضعيه الحديثه على مر مئات بل آلاف السنين لا يصح أن يقاس به ورود آيات وأحاديث الأحكام فى الشريعة الإسلامية والنسب لم تتجاوز مئة تشريعها إحدى عشرة سنة :

الناحية الخامسة : إن إلحاح الأستاذ السنهوري على إخضاع الشريعة الإسلامية وفقها لمراحل التطور المعهود فى الأعراف وفى النظم الوضعيه عبر القرون — بحجة أن هذا التطور بواقع مراحله فى النظم الوضعيه هو طريق حتمى (كما يفيد كلامه) لا يخرج عنها أو يفلت منها أى نظام تشريعى — هذا إلحاح يناقض ما كان قرره قديما الأستاذ السنهوري نفسه فى كتابه المبسوط فى (نظرية العقد) حيث أفاد فى كلامه على رضائية العقد أن العقد فى جميع الشرائع يتبع بحسب العادة طريقا تطوريا حتميا هو المرور فى مرحلة الشكلية أولا ثم تدريجيا إلى الرضائية ، فيصبح انعقاده وأثاره منوطه بمجرد اتفاق الإرادتين دون توقف على أى مراسم شكلية معينة ، وفى هذه المناسبة قرر أن العقد فى الشريعة الإسلامية خرج عن هذه السنة الطبيعية التى لم تتخلف فى شريعة ما ، حيث ولد العقد فى الشريعة الإسلامية رضائيا محضا لم يمر بمرحلة الشكلية أصلا .. ثم يعزو الأستاذ السنهوري هذه الظاهرة الغريبة إلى أن السبب فيها هو المصدرية الدينية فى الشريعة الإسلامية وفقها (أى إن المصدر الدينى لها قد قفز بها فوق التطور) (١) .

(١) نظرية العقد للأستاذ السنهوري الفقرة ٩٢ ص ٩٤ بالهامشية .

فلماذا صلحت تلك المصدريّة الدينيّة في الشريعة الإسلاميّة أن تقفز برضائيّة العقد فوق مراحل التطور المحتّم المتّاد في النظم الوضعيّة .. ولا تصلح لأن تقفز بعقد الحوالة خاصّة مثل تلك القفزة ، فتوجد فيها حوالة الدين وحوالة الحق في وقت معا ، بالاستناد إلى نصوص المصدر الديني الخاصّة والعامة ، وإن اختلفت بعض أحكام الحوالة في نوعيّها عما تذهب إليه الأنظار الحديثة في التشريع الوضعي وفقهه ، واختلفت أيضا أنظار فقهاء الشريعة الإسلاميّة أنفسهم في فهم نصوص المصدر الديني والاستنباط منه ١٩

لعل الأستاذ السنهوري قد نسي ما كان كتبه سابقا في كتابه المبسوط في « نظرية العقد » ١١

(ثالثاً)

يتضح من كلام الأستاذ السنهوري أنه يرى أن التطور الحاصل بشأن الحوالة منذ القانون الروماني حتى القانون الحديث في أوروبا ، هو الذي يجب تحكيمه بشأن الحوالة في الشرع الإسلامي وفقهه ، وفي نظره هو أن الحوالة في الفقه الإسلامي بدأت بانتقال الحقوق عن الميت إلى ورثته دون انتقال ديونه التي تبقى معلقة بتركته ، ثم تطور ذلك إلى قبول انتقال الحقوق فقط (دون الديون) بطريق التعاقد بين الأحياء انتقالا لم يتكامل فيه معنى الحوالة ، بل بقي قاصرا لعدم انتقال ضمانات الحق معه ، فميار حقيقة الحوالة عنده هو انتقال الضمانات. فإن لم تنتقل مع الحق الذي تضمنه فليس بحوالة .

والذي نرى أن ربط الحوالة بميراث الحقوق في الشريعة الإسلاميّة هو ضرب من الخيال واختلاط المفاهيم .. فهل يكفي وجود معنى النقل في أمرين أو ثلاث لكي يعتبر أحدهما مرحلة تطوريّة عن الآخر ؟

ولماذا عندئذ لا يقال : إن الميراث نفسه مرحلة تطوريّة عن نقل الأحجار المقطوعة من الجبال لبناء البيوت البدائيّة عبر القرون الأولى ، تطورا من النقل الحسي في الأشياء إلى الانتقال الاعتباري في الحقوق .. وإن البيع هو مرحلة

تطورية للثأر .. لأن في البيع معاوضة متوازنة بين البدلين تطورت عن الموازنة بين الدماء في الثأر ، ولا يدرى أحد إلى أين ينتهى بأصحابه الخيال في هذا المجال ؟

إن الميراث ، ولا سيما في الشريعة الإسلامية لا يمكن أن يعتبر في تاريخ التشريع نقطة بداية لحواله الحق ، لأن الميراث خلفية حتمية لأموال تركها صاحبها وذهب إلى غير عودة ؛ فلا بد لهذه الأموال من خلف يخلف في الاختصاص بها والاستفادة منها سواء أكان هذا الخلف هو بعض الأقارب أم كان هو العشيرة أو القبيلة كلها أو السلطان الحاكم ، أو الدولة .. وإلا أصبحت تركة الميت وجهود حياته في اكتسابها أموالا ضائعة بعد وفاته . فالخلفية على أموال الميت وحقونه ضرورة طبيعية نابعة من طبيعة الحياة البشرية ومرافقة لها في تكوين المجتمعات الأولى البشرية وإنما تختلف فيها الترتيبات فأين هذا من تصرف كالحواله هو إرادة محضة كسائر العقود دعت إليها حاجات التعامل والتبادل والتجارة والأسفار .. ولا سيما مع ملاحظة أن الميراث في الشريعة الإسلامية منقطع الصلة بتاتا بالإرادة .. لأن الإرث فيها جبري تنتقل فيه الملكية إلى الوارث حكما دون أن يكون له خيار في قبولها وردّها . لأن الوارث في الشريعة الإسلامية إنما يرث ما يبقى بعد قضاء الديون والوصية فلا يحمل شيئا من التزامات المورث المتوفى بل تحملها تركته فقط . فلم تبق حاجة لإعطاء الوارث خيارا في رفض الميراث كما في النظم التي تحملها بالميراث التزامات الميت وديونه أيضا ، كما هو معلوم .. فما دعوى النسب بين الحواله والميراث في الشريعة الإسلامية سوى ضرب من الخيال والأوهام .

(رابعاً)

— وقد أورد الدكتور السنهوري دليلا على رأيه (في أن الفقه الإسلامي كان طبيعيا في تطوره ، أي عرف حواله الحق قبل حواله الدين) ذلك الدليل عنده هو أن هذا الفقه لم يعرف حواله الدين بسبب الموت إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى في التركة حتى تقوم بسداده ، بينما عرف حواله كاملة إذ الحقوق الشخصية التي للتركة تنتقل إلى الورثة .

وهذا الذى ذكره الدكتور السهنورى مردود عليه من عدة وجوه :

١ — إن هذا المبدأ ليس قصورا يستدل به على أنه بداية تطور ، بل هو ميزة تنظيمية فى طريق العدالة قصد به عدم الإضرار بالوراثة إذا زادت ديون التركة على حقوقها .. إذ القول بخلاف ذلك — أى بانتقال ديون الميت إلى ورثته ومسؤوليتهم عن سدادها ولو تجاوزت حدود التركة — فيه من الإضرار بالوراثة ما يتجاوز حدود المنطق والعدالة .

٢ — وقد كان القانون الرومانى يقرر انتقال ديون المتوفى إلى الورثة ولو تجاوزت حدود التركة على أساس أن الوراثة يأخذ مكان المتوفى ويحل محله فى جميع شؤله من أشياء مادية وأشياء معنوية ومن حقوق له وحقوق عليه ، لاعتباره وارثا لشخصية المتوفى ؛ لا وارثا لأمـوال المتوفى (١) ، فالقانون الرومانى الذى استمر قرونا طرالا تحت السلطان الرومانى قد عرف انتقال الحق وانتقال الدين بسبب الموت فى وقت واحد ، ولم يسرف فى ذلك على سنة التطور التى افترضها الدكتور السهنورى فلم يتقبل الانتقال بطريق الحوالة لا فى الحق ولا فى الدين...

أما الشريعة اليهودية فإنها تخير الوارث بين قبول الميراث أو رفضه ، فإذا قبله صار مسئولا عن جميع ديون المورث ولو تجاوزت أموال التركة أما إذا رفض الميراث أى تنازل ، عن حقه فيه فلا يكون مسئولا عن ديون التركة (٢) .

٣ — ثم إن النظم القانونية الحديثة قد تطورت إلى تخيير الوارث بين ثلاثة مواقف :

(١) الرجيز فى الحقوق الرومانية للدوالبي ، الطبعة الرابعة ١٩٦١ م ج ١ ص ١٣٣
(٢) المقارنات والمقالات بين أحكام المرافعات والمعاملات فى شرع اليهود ونظ ثرها من الشريعة الإسلامية الفراء ومن القانون المصرى والقوانين الوضعية الأخرى ، مؤلفه محمد حافظ صبرى صفحة ٢٦٥ — ٢٦٨

— فإما أن يقبل الميراث بلا شرط ولا قيد .. فيلتزم حينئذ بدفع ديون التركة مهما بلغت ولو زادت على قيمة الميراث ،

— وإما أن يرفض قبول الميراث ، فلا يلتزم حينئذ بأى ديون فى التركة ،
والسكته فى الوقت نفسه يحرم مما قد يسكون فى التركة من زيادة على الديون .

— وإما أن يقبل الميراث بشرط الاستفادة بالحصر بمعنى أن قيمة التركة متى زادت على ديونها أخذها الوارث ، فلا يجب عليه دفع دين فيها أزيد من قيمتها ،
فإن استغرقتها الديون تركها للدائنين بلا رجوع عليه بأى شيء .

وهذا الخيار الذى تعطيه الوارث التشريعات الحديثة (الفرنسى والسويسرى واليونانى وغيرها) إنما هو للتخفيف من ضرر المبدأ الرومانى فى التزام الوارث بديون المورث مهما بلغت .

والذى يتضح من هذا هو أن تطور التشريع الوضعى فى الميراث يسير فى الاتجاه الذى رسمته الشريعة الإسلامية من أول يوم حتى لا يضار الوارث بتحمل ديون المورث الزائدة على التركة (١) .

وهكذا يتبين أن بقاء الدين فى التركة حتى تقوم بسداده وعدم انتقاله إلى الوارث ليس قصوراً فى الشريعة عن تصور إمكان انتقال الدين (كما يوحى به اعتباره بداية تطور) ، وإنما هو تنظيم مقصود لحكمة رآها المشرع كما أسلفنا .

(١) يجوز للوارث (ولغيره) — فى الشريعة الإسلامية — أن يتبرع بتحمل ديون الميت مبرهاً مبتدأ لا استمراراً لالتزام الميت .

بعض معاملات معاصرة ذات صلة بالحوالة

تمهيد

— يشعر المسلم ا حاصر بحاجة إلى معرفة رأى الشريعة الإسلامية في كثير من المعاملات المستحدثة التي لم تكن على عهد الفقهاء الأوائل ، والتي تبقى نتيجة لذلك محل استفهام : أهى مشروعة ؟ وفى حالة عدم مشروعيتها : ماذا يلزم من التعديل فى أحكامها حتى تصبح مشروعة ، أو ما هو البديل الذى يحل محلها للوفاء بحاجات العصر المتزايدة المتجددة ؟ .

وفكرة هذه الدراسة أن نعالج بالبحث ما كان من هذه المعاملات ذات صلة أو اشتباه بالحوالة من قريب أو من بعيد ، ومحاولة تطبيق أحكام الحوالة الشرعية أو عقد شرعى آخر عليها ، لمعرفة ما إذا كان من الممكن تخريجها على أساس من التعاقد المشروع فى الإسلام .

على أنه ينبغى أن نأنبه إلى أن الأصل فى المعاملات — بخلاف الحال فى العبادات — أن المسلمين فى سعة من إبرام ما يرونه صالحاً لمعاملاتهم من العقود والاتفاقات ، ما لم يصطدموا بدليل شرعى مانع .

وعلى هذا الأساس تكون محاولتنا هذه مجرد إلقاء الضوء على بعض المعاملات المستحدثة بغية تأصيلها وتصنيفها : فما كان منها صورة جديدة للحوالة الشرعية ، ضمت إلى صورها القديمة ، وما كان عقداً جديداً لا مانع منه شرعاً فهنا فيه إلى ذلك .

ولا نغنى بالجديد ما لا يدخل تحت عقد من العقود السالفة أصلاً ، فهذا مستبعد ، لأن الأولين قد استوعبوا أصناف عقود المعاملة التى تتعلق بها حاجة المجتمع ، وميزوا بين الصحيحة والفاسدة وحصروها حصراً دقيقاً مستوعباً

لا يمكن الاستدراك عليه .. وإنما نعني بالجديد ما لو بحثناه لوجدناه مركباً من عقدين أو عدة عقود ، أو مركباً من عقود وأعمال متممة ، بحيث لا يمكن دخوله تحت عقد واحد من العقود السالفة .. فمثل هذا جذير بإفراذه بالبحث تحت الاسم العرفي الحادث أو اسم مناسب يستحدث ، وبأن تنظر مواده مادة مادة ويكشف النقاب عن موافقتها للشرع أو مخالفتها ، وإمكان تعديلها أو عدم إمكانه .

ومحاولتنا هذه هي محاولة جديدة بالنسبة للقانونيين أيضاً ، إذ إن هذه المعاملات الجديدة قد نظمتها نصوص خاصة في القوانين خلاف النصوص العامة عن الحوالة وغيرها .

ولم يحاول علماء القانون — في حدود علمنا — تأصيل الأحكام الخاصة بهذه المعاملات في ضوء الأحكام العامة ، وتخرجها على أساس عمدة الحوالة أو غيرها .

وينبغي — أخيراً — أن ننبه إلى أننا لم نحاول في هذا البحث استقصاء جميع المعاملات المعاصرة ذات الصلة بالحوالة ، نظراً لكثرتها ، واختلاف موقف التقنينات الحديثة نفسها منها .. بين دولة وأخرى .

— وفيما يلي بيان المعاملات المستحدثة التي نتناولها بالدراسة هنا (١) :

١ — التحويلات المصرفية والبريدية .

٢ — السفتجة القانونية (أو الكميالة في اصطلاح بعض البلاد)

٣ — الشيك (السحب على الحساب الجاري)

(١) الآراء الشرعية والتخريجات الفقهية الواردة فيما يلي اجتهادات وآراء شخصية للموسوعة الفقهية وليست من الفقه المستقر عليه .

- ٤ — تظهير الأوراق التجارية .
- ٥ — تظهير أوراق البضائع .
- ٦ — الخصم .
- ٧ — الاعتماد المستندى .
- ٨ — حوالة حقوق الذمة المالية فى القانون .

(أولا)

التحويلات المصرفية والبريدية

الوضع القانونى :

— التحويلات المصرفية نوع من الخدمات التى تقوم بها المصارف فى العصر الحاضر وتم بإحدى طريقتين :

(أ) أن يدفع شخص مبلغا إلى المصرف طالبا تحويله إلى من يسميه فى بلد آخر ، وذلك بأن يقوم المصرف بتحرير سند (١) يسمى فى العرف المصرفى « حوالة » ويتضمن أمرا من هذا المصرف إلى مصرف آخر — فرع له أو عميل أو وكيل له فى بلد آخر بأن يدفع إلى شخص معين (قد يكون هو الشخص طالب التحويل نفسه أو شخصا آخر) مبلغا محددًا من النقود . ويتسلم الشخص الطالب السند بيده ثم يقدمه — بنفسه إن كان هو المستفيد من السند — إلى المصرف الآخر فى البلد الآخر ليقبض المبلغ المحدد به ، أو يرسل السند إلى الشخص المستفيد منه — إن كان شخصا آخر — ليقبض المبلغ .

(ب) والطريقة الثانية أن يتولى المصرف الأمر — بناء على رغبة الطالب — الكتابة أو الإبراق مباشرة إلى المصرف الآخر ، وتم العملية دون أن يتسلم الطالب أو المستفيد السند بيده .

(١) التعبير عن المحرر الذى يعده البنك بكلمة « سند » غير سليم ، لأن السند له معنى آخر مستقر . وفى العرف المصرفى يسمى هذا المحرر « **bankers draft** » وفى اللغة العربية « حوالة مصرفية » (المؤلف) .

وفي كلتا الحالتين نكون أمام ثلاثة أطراف أو أربعة :

١ — طالب التحويل

٢ — المستفيد ، إن لم يكن الطالب نفسه هو المستفيد .

٣ — المصرف الأمر .

٤ — المصرف الدافع .

وكما يقع التحويل المصرفي من بلد إلى آخر ، يقع في داخل البلد الواحد من شخص إلى آخر ، كما قد يقع من حساب الشخص لدى المصرف الأمر إلى حسابه نفسه في مصرف آخر في البلد ذاته .

وهذا التحويل تقوم به كذلك إدارة مصلحة البريد بين فروعها المختلفة وتطبق عليه جميع أحكام التحويلات المصرفية .
والوصف (التكييف) الفقهي الإسلامي :

الشيخ سبيح أن أشيرنا في بحث « السفتجة » إلى وجه الشبه إجمالا بين السفتجة القديمة والتحويلات المصرفية الحديثة . . . والبيان ذلك تفصيلا . ينبغي التنبيه إلى أن السفتجة القديمة قد أجازها بعض الفقهاء (على الرغم من الشرط الذي يستفاد به المقرض الأمان من خطر الطريق . . . وهو شرط التوفية في بلد المقرض) . فمن وسيلة أنجزت لشدة الحاجة إليها ولم يحل الدون جوازها اشتراط الوفاء في بلد آخر . . . تلك وجوه الشبه وقد أشيرنا إليها إجمالا هناك ، ولعل الناظر إلى هذه التحويلات الحديثة وإلى السفتجة القديمة يرى بينهما فرقا من جهات أربع :

منها الوجه الأول : أن السفتجة القديمة لا بد أن تكون بين بلدين . . . أو التحويل المصرفي ضرورة يكون كذلك . . . وتارة يكون بين مصرفين في بلد واحد . . . (سفتجة) .

(الوجه الثاني : أن) السفتجة القديمة قد يكون المقرض فيها مسافرا أو عازما

على السفر ، فيوفي هو نفسه أو نائبه إلى المقرض أو إلى مأذونه والتحويل المصرفي ليس فيه ذلك ، فالمصرف الأول ، وهو المقرض ، لا يوفي بنفسه إلا إذا كان المصرف الثاني الدافع فرعاً للأول .

الجهة الثالثة : أن الفروض في السفتجة القديمة اتحاد جنس النقد المدفوع عند العقد والوادي عند الوفاء ، فالأخذ في السفتجة إذا أخذ دراهم من نوع مخصوص وفاها كذلك ، وإذا أخذ دراهم من نوع مخصوص وفاها كذلك ، فإنهم عرفوا السفتجة بأنها قرض (وقد تتوافر معه فيها عناصر الحوالة) فلو كانت التأديت بنوع آخر لما كانت السفتجة قرضاً لأن القرض لا بد فيه من زده المثل .

والتحويل المصرفي لا يقتصر على هذه الحالة فإن المصرف في أغلب الأحيان يأخذ نقوداً من نوع ويكتب المصرف الآخر أن يوفي من نوع آخر وهذه المعاملة ليست قرضاً محضاً ، بل تشتمل أيضاً على تصرف أو شبه تصرف على ماسيات .

الجهة الرابعة : أن الأخذ في السفتجة القديمة لا يتقاضى أجراً عادة ، اكتفاء بأنه يستفيع بالمال في سفره أو في إقامته ، ويربح ما يخفيه عن أشرط أجر لعملة أما المصرف في التحويل المصرفي فيفتقاضى الأجر (١) .

وفيما يلي سنتناول بالبحث والتحصيل كل جهة من جهات الفروق الأربعة هذه بين السفتجة القديمة والتحويلات المصرفية الحديثة لنرى مقتضاها في الأحكام بالنظر في الفقه الإسلامي بالبحث في مقتضاها في الفقه الإسلامي .
الفرق الأول : كون السفتجة لا تتم إلا بين البلدين ، والتحويل قد يتم بين مصرفين في البلد الواحد .

(١) بضم العين وهو لفظ مؤنث ، وأقصى وجه من الجملة : بضم العين أيضاً ومعناها : أجرة العامل . وكان أقر جمع اللفظ بالمعنى كالمعنى وأعرفها بأنها المبلغ الذي يأخذه السمسار أو المصرف أجراً له على قيامه بمعاملة ما (كما يؤخذ من المعجم الوسيط) .

هذا الفرق لا تأثير له في الحكم الشرعى بالجواز ، فإن الذين أجازوا السفتجة بين بلدين يجب أن يجيزوا ما يشبهها بين مكانين في بلد واحد .. بل هذه أقرب إلى الجواز ، لأن اشتراط الوفاء في بلد آخر كان هو العلة التي جعلت بعض الفقهاء يكرهون السفتجة أو يحرمونها .. فإذا أجازها المحققون مع وجود هذه الشبهة فإجازتها مع قرب المكانين أولى ، لأن المقرض حينئذ لا يستفيد سقوط خطر الطريق ، فلا يتوهم أنه قرض جر نفعاً .

الفرق الثاني : كون السفتجة القديمة تشتمل صوراً مغايرة للتحويل المصرفي ، هذا الفرق أيضاً لا تأثير له ، لأن الذين أجازوا السفتجة لم يختصوا الجواز بهذه الصور المغايرة ، فيكفي أن يكون التحويل موافقاً للصور الأخرى من السفتجة .. فالتماثلون بجواز هذه الصور ينبغي أن يقولوا بجواز التحويل الموافق لها .

الفرق الثالث : كون السفتجة تجرى بنقد واحد ، أما التحويل المصرفي فقد يجرى بنقد واحد ، وقد يكون بين جنسين من النقود ،

هذه جهة فرق جديدة بعناية الباحث ، لأن لها تأثيراً ، وتحتاج إلى شيء من التحليل والتفصيل...

فالتحويل بين مصرفين في بلد واحد أو دولة واحدة إنما يكون بنقد الدولة غالباً فيكون كالسفتجة القديمة بعد اعتبار أن المصرف شخصية اعتبارية فما قيل في تطبيق السفتجة على المعاملات الشرعية المعروفة يقال في تطبيق هذا النوع من التحويل فهو قرض وتوكيل ، أو قرض وحوالة .. والتحويل بين مصرفين في دولتين لا يمكن أن يكون بنوع واحد من النقد غالباً ، فالذي يريد تحويل دنانير عن طريق مصرف في الكويت إلى مصرف في لبنان مثلاً لا بد أن يطلب التحويل إلى ليرات لبنان بسعر الصرف وقت التحويل^(١) . وهذا يستدعي ثلاث خطوات ذات أحكام ، وسنشرحها فيما يلي مبينين وصفها الفقهي خطوة خطوة :

(١) عرف الاقتصاديون سعر الصرف بأنه نسبة مبادلة نقد بآخر فإذا قلنا =

أولاً أن يتقدم إنسان للمصرف ويطلب تحويل النقود إلى مصرف آخر :

وهذا تمهيد لعقد التحويل ، وبين فيه عادة مقدار النقود ، وهل يقصد تحويلها إلى نقود من جنسها أو من غير جنسها ؟ وبيان المصرف الذى يراد التحويل إليه ، والشخص الذى سيقبض البديل من المصرف الآخر أهو طالب التحويل أم غيره ؟

(ثانياً) قيام الطالب بدفع النقود إلى موظف المصرف :

وهذا بعد سبق الطلب المبين يعتبر إيجاباً بالتحويل الذى يعد قرصاً إن كان المقصود التوفية بمثله من جنسه : فالدافع مقرض والآخذ مقرض من المصرف والدفع إيجاب ، والآخذ مع ما بعده قبول ، والمال المدفوع هو محل العقد . وكذلك المثل الذى يلتزم به المقرض معطى الصك فإنه العوض .

فهذا القرض المستوفى لمقوماته عقد صحيح جائز شرعاً حيث خلا من الموانع الشرعية ، وما يتخيل مانعاً وهو العمولة سيأتى الكلام عليه (ر : ف / ٣٦٢) (١) .

وأما إن كان المقصود التوفية بنقد من جنس آخر فهو صرف ، ومن شرائط صحة الصرف التقابض ولا تقابض فى هذا الصرف ، فيلتحق بالربا لعدم التقابض .. هذا إذا اعتبرنا الأوراق النقدية نقوداً وضعية ، وأما إذا اعتبرت سندات على الجهة التى أصدرتها بالقيمة المذكورة من الذهب ، فإن معاملة التحويل المذكورة بين جنس منه وجنس آخر تعتبر بيع دين بدين دون قبض أصلاً فى مجلس العقد ، لأن ما تم تسليمه من أحد الجانبين هو سند (صك) ببلغه ، وليس نقداً ، فهل من حل ؟

== إن سعر صرف الدينار الكويتى والليرة اللبنانية ١ دينار = ٩ ليرات لبنانية ..
كان معنى هذا أن الدينار الواحد يتبادل فى السوق بما يساوى تسع ليرات د مقدمة فى العلاقات الاقتصادية الدولية للدكتور محمد زكى شافعى ص ٥٠ — ٥١ الطبعة الثالثة ١٩٧٠ مطبعة دار النهضة العربية بيروت ،

(١) ر : ف / ٣٦٢ أى راجع فقره ٣٦٢ من طبعة الموسوعة بالكويت ١٩٧٠ .

فتقول جواباً عن ذلك :-

١ - إننا نعتبر الأوراق النقدية المذكورة من قبيل النقود الوضعية لأن قبيل
الأسناد المعترف فيها باستحقاق قيمتها على الجهة التي أصدرتها من دولة أو مصرف
إصدار ، وإن كانت هذه الصفة الأخيرة هي أصلها ومنطلق فكرة إصدار الأوراق
النقدية المعروفة بين الناس باسم (بنك نوت) محل النقود الذهبية والفضية في التداول
أخذاً وعطاء ووفاء . ذلك لأن صفة النقدية فيها قد تبسّمت بين الناس في عرفهم
العام ، وأصبحوا لا يرون في هذه الأوراق إلا نقوداً مكفولة حلت محل الذهب
في التداول تماماً ، وإن قطع نظر الناس إلى صفة السندية في أصلها انقطاعاً مطلقاً ، تلك
الصفة التي كانت في الأصل حين ابتكار هذه الأوراق ؛ لإحداث الثقة بها بين الناس بما
ليقتضوا من التعامل على الذهب إليها ، حين يعلنون أن لها تغطية ذهبية في مركز
الإصدار (١) ، وأنها مستند على ذلك المركز بقيمتها مستحق لجامعه يستطيع قبضه الذهب
مقي شام .

هذا أصلها ؛ أما بعد أن ألفها الناس وسالت في الأسواق تداولاً ووفاء من
الدولة وإلها وبين الناس ولمس المتعاملون بها مزايتها في الحفة وسهولة النقل فقد
تبسّمت فيهم كما ذكرنا - فيها هذا الأصل البتني واكتسبت في نظر الجميع واعتبارهم
وعرفهم صفة النقد المعنى وسهولته بلا فرق . فوجب لذلك اعتبارها بمثابة الفلوس
الرائجة من المعادن غير الذهب والفضة ، تلك الفلوس التي اكتسبت صفة النقدية
بالوضع والعرف والأصطلاح ، حتى إنها وإن لم تكن ذهباً أو فضة ؛ لتعثر
بحسب القيمة التي لها بمثابة أجزاء الوحدة النقدية الذهبية التي تسمى ديناراً ،
أو ليرة ، أو جنياً ذهبياً ، بحسب اختلاف التسمية العرفية بين البلاد للوحدة
من النقود المسكوكة الذهبية .. هذه حال الفلوس الرائجة من المعادن المختلفة غير

(١) فأنظر إلى مثل واحد لتوضيح ما ورد في المتن : إذا تسلّم أحد الموردين
مليون جنيه استرليني من ورق البنكنوت فإن وزن هذا المبلغ لا يزيد على جزء من
الكيلو جرام (ألف ورقة فئة ألف جنيه استرليني) - وأما إذا تسلّم مليون جنيه
استرليني من المسكوكات الذهبية فإن وزن هذا المبلغ يصل إلى ثمانية آلاف وخمسمائة
كيلو جرام من الذهب عيار ٢١ قيراطاً .. لأن وزن الجنيه الواحد اثمانية عشر مثقالاً
ونصفه الجرام من المعدن الباقي يتناول الذهب من سماعات ومخاطرة إلى (المؤلف) .

الذهب والفضة بالنظر الشرعي وهي الصفة التي يجب إعطاؤها في نظرنا للأوراق النقدية (البنسكوت) فتبدل جنس منها كالدينار الكويتي الورقي أو الليرة السورية أو اللبنانية مثلا بجنس آخر كالجنية المصري أو استرليني أو الدولار الأمريكي مثلا ؛ يعتبر مصارفة كالمصارفة بين الذهب والفضة والفلوس النقدية الراجعة على سواء .

والقاعدة الفقهية في هذه المصارفة أنه عند اختلاف الجنس يجوز التفاضل في المقدار بين العوضين ، ولكن يجب التقابض في المجلس من الجانبين ، منعا للربا المنصوص عليه في الحديث النبوي . . . وبهذا التخرج يستبعد اعتبار عملية التحويل المصرفي بين جنسين من هذه الأوراق من قبيل بيع الدين ، وإنما هي مبادلة بين نقود ونقود فيها تحويل وصرف في وقت واحد .

٢ — بناء على ما سبق نقول : إن اعتبار الأوراق النقدية كما ذكر (نقودا وضعية اصطلاحية) يقتضي في التحويل من جنس إلى جنس آخر مذهبنا أن يتم تقابض العوضين في مجلس التحويل ، نظرا لأن هذا التحويل بين جنسين من هذه النقود يتضمن مصارفة ، والمصرف يشترط لصحته التقابض ، وهذا يقتضي أن يدفع طالب التحويل إلى المصرف الأوراق النقدية التي يحملها ، وأن يصرفها بالأوراق النقدية من الجنس الآخر المطلوب ويقبضها بالفعل من المصرف ، ثم يسلمها إليه قرضا ليوفيه في البلد الآخر من هذا الجنس الثاني ؛ أي ليجب حينئذ فك عملة التحويل من جنسين مختلفين من هذه الأوراق إلى عمليتين ؛ مصارفة أولا يقع فيها التقابض ، وسفينة ثانيا يدفع فيها مبلغ من جنس ويستوفي نظيره من الجنس نفسه في البلد الآخر .

هذا ما يستوجبه في الأصل عنصر المصارفة في عملية التحويل المصرفي بين جنسين ؛ ولكن هذه الجزئية العملية لا تقع فعلا بين طالب التحويل والمصرف الوسيط ؛ وإنما يدفع طالب التحويل إلى المصرف المبلغ المطلوب تحويله من نقود البلد الذي هو فيه ، فيقوم المصرف بتسليمه إيصالا به مع صك (شيك) يتضمن حوالا على مصرف عميل في البلد الآخر بمبلغ يبادل هذا المبلغ من نقود البلد المطلوب التحويل إليه ، فيرسل طالب التحويل هذا (الشيك) إلى الشخص المحول باسمه والذي حرره الشيك لأمره (ليقبضه هناك من المصرف المحول عليه . . .)

فإذا نظرنا إلى أن الشيكات تعتبر فى نظر الناس وعرفهم وثقتهم بمثابة النقود الورقية .. وأنها يجرى تداولها بينهم كالنقود تظهيرا وتحويلا وأنها محمية فى قوانين جميع الدول — من حيث إن سحب الشيك على بنك ليس للساحب فيه رصيد يفى بقيمة الشيك المسحوب يعتبر جريمة شديدة .. تعاقب عليها قوانين العقوبات فى الدول جميعا - إذا نظرنا إلى هذه الاعتبارات يمكن القول معها بأن تسليم المصرف الوسيط شيكا بقيمة ما قبض من طالب التحويل يعتبر بمثابة دفع بدل الصرف فى المجلس أى إن قبض ورقة الشيك كقبض مضمونه .. فيكون الصرف قد استوفى شريطة الشرعية فى التقابض (١)

(ثالثا) إعطاء المصرف لطالب التحويل صكا (شيكا) بالمبلغ المطلوب :

فهذا الإعطاء إما أن يكون مسبقا بإعطاء النقود أو غير مسبق كما تقدم فى الخطوة الثانية . وأيا ما كان فهو من تنمة قبول التحويل الذى هو عملية مركبة .. ولكن لو لاحظناه على انفراد لكان له وصف شرعى يختلف بحسب سبقه بدفع النقود وعدم سبقه بذلك :

(أ) فإن كان مسبقا بإعطاء النقود التى اعتبرت مقترضة احتمل كونه حوالة أو وكالة :

وتصوير الحوالة أن يقال : إن المصرف الذى أصبح مدينا بدين القرض قد أحال دائنه — الذى أعطى النقود وأصبح مقرضا — على المصرف الآخر

(١) هذا وفى بعض الأحيان يخلو التحويل من هذه الخطوة فلا يدفع الطالب نقوداً ، بل يطلب من المصرف تحويل مقدار من النقود فيعطيه الموظف صك التحويل (الشيك) بناء على أنه عميل وله فى المصرف حساب جار ، وفى أغلب الأحيان يكون الحساب المذكور دائنا للمصرف .. فيستوفى المصرف منه المبلغ المطلوب تحويله .. وأحيانا لا يكون الحساب دائنا أو لا يكون لطالب التحويل لدى المصرف حساب ، ولكنه يثق بطالب التحويل أنه سيدفع المبلغ فيما بعد وسيأتى حكم إعطاء الصك . (الشيك) فى حالتى الدفع مقدما وعدمه .

ليدفع الدين الذى هو بدل القرض إلى ذلك الدائن ؛ أو إلى الشخص الذى عينه وكتب اسمه فى الصك .

وتصوير الوكالة أن يقال : إن المصرف الآخذ قد وكل المصرف الثانى فى دفع المبلغ المذكور فى الصك إلى من ذكر اسمه فيه ، سواء أكان هو الطالب أم الشخص الآخر الذى عينه .. وهذا التوكيل مصرح فى الصك بما يدل عليه .. وإنما سلم هذا الصك لطالب التحويل تمكيناً له من استيفاء حقه .

وإنما قلنا إن تصوير الوكالة هنا أقرب من الحوالة .. لأن الحوالة الشرعية ثمرتها براء ذمة المحيل من الدين .. وليست للتحويل المصرفى هذه الثمرة لأن المصرف الآخذ يبقى مديناً بدين القرض ولا يبرأ منه إلا بتوفية المصرف الآخر .

يضاف إلى ذلك أن المصرف الثانى قد يكون غير مدين للمصرف الأول فلا يصح أن يكون محالاً عليه شرعاً عند الجمهور (إلا على أساس الحوالة المطلقة عند الحنفية ومن معهم) وإن الوكالة خالية من هذين الإشكالين . فالتخريج عليها يكون أولى وأرجح .

غير أنه قد يقال : إن الوكالة يجوز فيها رجوع الموكل ورجوع الوكيل وهذان الأمران ليسا من صفات التحويل المصرفى

وجواباً عن هذا الإيراد نقول : إن وكالة هنا ليست عقداً منفرداً معقوداً بصورة مقصودة مباشرة وإنما حللتنا إليها عقد التحويل الذى هو عقد مركب من إقراض وشرط .. وهذا الشرط ينحل إلى وكالة فى وكالة مشروطة من جانب طالب التحويل ... فتكون وكالة تعلق بها حق الغير فلا يجوز رجوع الموكل فيها ولا الوكيل بعد القبول . (ر : المجلة ١٥٢١ و ١٥٢٢) ومن جهة أخرى يلحظ أيضاً أن المصرف قد استوفى عمولة على هذه العملية فى وكالة بأجر ، فلا يجوز الرجوع فيها .

(ب) وإن لم يكن إعطاء الصك مسبقاً بدفع المبلغ المطلوب تحويله فلذلك حالتان .

الحالة الأولى (أن يكون الطالب في المصرف حساب جارٍ دائن)

١ - فإن كان المطلوب تحويل النقود إلى نقود من جنسها ، كدنانير كويتية إلى دنانير كويتية فحينئذ يكون إعطاء الصك توكيلاً من المصرف للطالب بقبض المبلغ المبين في الصك ليستوفيه من الدين الذي له على المصرف .. وقد استغنى عن تقدير القرض لأن الدين السابق قام مقامه .

٢ - وإن كان المطلوب التحويل إلى نقود من غير جنسها ، كدنانير كويتية إلى ليرات لبنانية أو غيرها ، كان طلب التحويل لإيجاباً مصارفة بين بعض النقود التي للطالب في حسابه الدائن لدى المصرف والمبلغ المطلوب من النقود الأخرى ؛ وكان تسليم الصك (الشيك) لاطالب قبولاً للمصارفة وتوكيلاً من المصرف بالقبض قام مقام التقابض الواجب شرعاً في مجلس عقد الصرف لأن هذا الصك (الشيك) عرفاً في حكم النقد (كما سبقت الإشارة إليه / ٣٥٨)

الحالة الثانية (ألا يكون الطالب في المصرف حساب دائن)

فإن كان يريد تحويل النقود إلى نقود من جنسها كان الطلب التماساً للتوكيل في القرض ، كأنه يقول للمصرف : أتمس منك أن توكّل المصرف الثاني في دفع مبلغ كذا إلى أو إلى فلان ليحتسب قرضاً لك علي .. وحينئذ يكون إعطاء الصك توكيلاً للمصرف الثاني أن يدفع للشخص المعين في الصك المبلغ المبين مقداره فيه .. فإذا قام المصرف الثاني بالدفع إلى هذا الشخص صار هذا الصرف الثاني دائماً للمصرف الأول بالمبلغ مالم يكن له - أي للمصرف الأول - عنده حساب دائن ؛ ويصير المصرف الأول دائماً لاطالب التحويل ما لم يكن قد قام بدفع المبلغ إليه قبل قيام المصرف الآخر بدفع ما في الصك .

وإن كان يريد تحويل النقود إلى نقود من غير جنسها - والمنصوص أن طالب التحويل ليس له في المصرف حساب دائن ، ولم يدفع النقود في المجلس - فحينئذ يعد طلب التحويل التماساً للتوكيل بالقرض (كما سبق بيانه) أي أن يقوم

المصرف الأول بتوكيل المصرف الثاني في البلد الآخر بأن يدفع إلى الطالب (أو إلى من يعينه) المبلغ المطلوب من نقود ذلك البلد الآخر، -ليجانب ديناً على الطالب- ويعتبر تسليم الصك إلى الطالب قبولاً وتنفيذاً للتوكيل بالإفراض، فيصبح طالب التحويل مدينًا للمصرف الأول بمبلغ الصك من نقود ذلك البلد متى تم قبضه هناك، ثم حين يوفى للمصرف قيمة من نقود الجنس الآخر (النقود المحلية) يعتبر ذلك الوفاء مصارفة بين ما للمصرف في ذمته من النقود الأجنبية، وما يوفيه الآن من النقود المحلية. ويتحقق بذلك شرط التقابض في بدل الصرف الآن أحدهما في الذمة مقبوض، والآخر يدفع الآن في مجلس المصرف . . .

الفرق الرابع والآخر بين السفحة القديمة والتحويل المصرفي اليوم: وهو أن
المصرف يأخذ عمولة من طالب التحويل مع المبلغ المطلوب تحويله ولا يوجد هذا في العملية السفحة القديمة التي تكلم عنها الفقهاء . . .
فنقول في هذا الفرق: إن في هذه العمولة إشكالا بحسب الظاهر، لاسيما إذا قلنا إن العملية من قبيل القرض، وقد نص بعض الفقهاء على أنه لا يجوز في القرض اشتراط (١) يجر نفعاً للقرض، كما لا يجوز اشتراط يجر نفعاً للقرض . .

لسكن . . شرط جر النفع للقرض يعتبر رباً وشرط جر النفع للقرض يعتبر زيادة إرفاق من المقرض للمقرض، فيكون وعداً حسناً، ولا يلزمه تنفيذه اكتفاء بأصل الإرفاق . . .

على أن بعض الحنابلة (٢) أجازوا في القرض اشتراط دفع المقرض أقل مما أخذ، كما لو قال: أقرضك مائة دينار على أن تردّها إليّ تسعة وتسعين، فيجوز ذلك لأنه زيادة إرفاق بالمقرض، وقد التزمه المقرض فيلزمه . . وليس للإرفاق حد يجب الوقوف عنده، ولا سيما أن هذا الشرط مضاد للربا . . ففي الزامية تأكيد التبري من الربا . . فهذا القول عند الحنابلة جيد جداً، ويسعف في تخرج العمولة عليه . . .
ثم إن بين المعاملات التي يقوم بها الأفراد والمعاملات التي تقوم بها المصارف

(١) على تحريف الطاء ضمّتان . . . ويلحظ القارئ، مثل ذلك في كثير من مفردات هذا الكتاب، لنكي يستقيم المعنى . . .

(٢) الإنصاف ٥ : ١٣٣ .

فرقاً شامعاً ، فالمقترض في السفتجة القديمة لا يقوم بعمل للمقترض ولا يتحمل مشوئته ؛ لأنه إن كان مسافراً فهو مسافر لحاجة نفسه ؛ وغالباً ما يتجر في بلده أو في طريقه أو في البلد الذي يصل إليه ؛ وقد أصبح المال الذي افترضه ملكاً له ؛ فأرباحه كلها تخصه ؛ وما صنع شيئاً للمقترض سوى كتابة الصك ؛ ثم توفية الدين له أو لصديقه مثلاً .

أما المصرف الذي اعنبر مقترصاً في عملية التحويل فيختلف عن المقترض في السفتجة ؛ فهو شخصية اعتبارية تجمع مـ ، ظفين وعمالاً يتقاضون رواتب شهرية غير مرتبطة بالعمل قلة وكثرة ؛ ويتخذ مكاناً مجهزة بأثاث وأدوات وآلات كثيرة .. لاستقبال العملاء وإنجاز حاجاتهم . ثم إن العملية ليست كتابة ورقة فحسب وإنما هي إجراءات كثيرة ، ذات كلفة مالية .. فلو لم يأخذ عمولة لما استطاع تغطية النفقات الطائلة التي ينفقها ، فاشتراط العمولة محقق للعدالة ومتفق مع أصل التشريع الإسلامي وليس هناك نص أو إجماع على منع مثل ذلك .

النتيجة :

والنتيجة التي تستخلص من كل ماسبق من كلام عن التحويلات المصرفية اليوم هي أن التحويل المصرفي أو البريدي عملية مرتبة من معاملتين أو أكثر ؛ وهو عقد حديث ؛ بمعنى أنه لم يجر العمل به على هذا الوجه المركب في العهود السابقة ؛ ولم يدل دليل على منعه .. فهو صحيح جائز شرعاً من حيث أصله ؛ بقطع النظر عما يحيط به من مواد قانونية يجب لمعرفة حكمها استقصاؤها تفصيلاً ودراستها للتحكم فيها .

وعسى أن يكون ما أوضحناه الآن هنا فتحاً لباب بحث تام شامل في هذه المعاملة وأمثالها بما ألقيناه عليها من الضوء . والله الموفق (١) .

(١) من حق الموسوعة الفقهية لدولة الكويت ، على كل باحث ينتفع بهذا الجهد الكبير ، أن يقر بالفضل لدويته ، وأن يدعو الله بالمزيد من التوفيق للعاملين في وجد وصمت وإخلاص .

ثانيا

السفتجة الحديثة في القانون^(١)

الوضع القانوني :

٣٦٤ — السفتجة في التعبير القانوني العربي اليوم هي أمر مكتوب بسكيفية خاصة من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه ، بدفع مبلغ معين من النقود في تاريخ معين أو قابل للتحصيل لأمر شخص معين يسمى المستفيد (أو لحامله دون تعيين ، كما في بعض القوانين) وقد تكون الأشخاص في عملية السحب هذه أشخاصا طبيعية ، أو أشخاصا اعتبارية .

(١) تعرف في القانونين السوري واللبناني وفي مشروع الجامعة العربية بهذا الاسم « سفتجه » أو سند السحب . وتعرف في القانون المصري والليبي باسم « كميالة »

وتعرف في القانون العراقي باسم « بوليصة » (راجع الالتزام المصرفي في قوانين البلاد العربية للدكتور أمين محمد بدر صفحة ٢١)

أما السند (في القانون المصري) أو السند لأمر .. فيسمى في القانون العراقي « الكميالة » وكذلك يطلق عليه في العامة المصرية والسورية لفظ « الكميالة »

(أمين بدور صفحة ٢١) هذا ، وقد اخترنا هذا التعبير بالسفتجة تبعا للقانونين السوري واللبناني .

ويلاحظ هنا أن السفتجة بهذا المفهوم العرفي المعاصر بخلاف نظيرتها في المفهوم الشرعي .. ومن ثم تعينت متابعة دراسة هذه الورقة التجارية ، في الموضع المناسب من هذا البحث أو غيره .

والغالب أن يكون المسحوب عليه مدينا للساحب بما يكفى للوفاء ؛ ويسمى مقابل الوفاء ، وأن يكون الساحب مدينا المستفيد (أو الحامل) ، ولكن لا يتحتم هذا ولا ذاك . والرأى الراجح أن الرديعة العينية التى للساحب لدى المسحوب عليه لا تصلح مقابل وفاء ، إذ يجب أن يكون المقابل ديناً نقدياً ، فلا تصبح الودائع العينية للمستفيد في ميعاد الاستحقاق ملكاً له .. بل تظل على ملك الساحب ، وله استردادها .

وساحب السفتجة : بتوقيعه عليها — ملتزم بأن يدفع قيمتها الحاملة في ميعاد الاستحقاق ، هو وسائر الموقعين عليها بالتضامن ، إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء .. والمسحوب عليه إنما يقع التزامه العرفى بالتوقيع على السفتجة بالقبول ، فمن حيثئذ يعتبر مديناً أصلياً مسئولاً مع الساحب وسائر الموقعين ، بمشروطة تضامنية .

وهذا التوقيع — بالقبول — اختياري ، ولو كان المسحوب عليه مديناً للساحب ، إلا في حالات استثنائية .. ذلك لأنه قد يختار عدم القبول تنادياً لآثار الالتزام العرفى . وليس المسحوب عليه الرجوع بعد التوقيع على السفتجة وتسليمها لحاملها أما قبل تسليمها للحامل فله الرجوع .

الرخص (الكيفية) — الفقهاء الإجمالية

(١٣٠٠)

سحب السفتجة إذن من مصرف على آخر لمصلحة شخص ثالث هو جواره من وجهة النظر الإسلامية ، مديناً كان المسحوب عليه للساحب أم لا ، عند الحنفية وموافقيهم .. لأنهم لا يشترطون مديونية المحال عليه للمحيل .. إلا أن نقادها يتوقفون عندهم على قبول المسحوب عليه ، على أن الجمهور من أهل الفقه لا يشترطون قبول المسحوب عليه إذا كان مديناً بدين السفتجة لساحبها .. بل يكفي أن يكون له الحق في سحب السفتجة . وإذا كان الشخص الذى سحب السفتجة لأمره دائراً للساحب وإلا لم يكن جواره ، لأنه من شرط الجواره أن يكون المحال (وهو هنا الشخص المسحوب لأمره) دائراً للمحيل ، وهو هنا الساحب ، بخلاف ما لم يكن دائراً له كانت السفتجة

توكيلا من المالك للمستفيد في أخذ المبلغ المذكور ، ويمكن وصف النتيجة
فقها بأنها أمر/أداء (١) على النحو الذي سنبينه عند الكلام عن التظهير ، وسيجىء
في بحث الاعتماد المستندي ، مزيد من البيان بالنسبة لأمر الأداء .

ثالثا

الشيك (السحب على الحساب الجاري)

الوصف القانوني :

- هو أمر مكتوب من شخص ، يسمى الساحب ، إلى شخص آخر ،
يضمي المستحوب عليه بأن يدفع بمقتضاه وبمجرد الإطلاع عليه مبلغا معينا من
النقود لأمر أو لأذن شخص معين يسمى المستفيد (أو الحائله)

والشيك إذا كان لأمر غير ساحبه ، يكون ورقة ثلاثية الأطراف
ويشتمل عندئذ بالسفينة مع أن الفقرة بينهما ذات أهمية لاختلاف الأحكام
القانونية بينهما : فمادة النقادم القانوني فيها مختلفة ، وسحب الشيك بدون
وجود رصيد للساحب لدى المستحوب عليه يترتب عليه جريمة يستحق عليها
الساحب العقوبة الجنائية المقررة .. وهي عقوبة مقصورة على ساحب الشيك دون
السفينة .

وقد خل قانون جنيف الموحد والتقنيات الناقلة عنه هذه المسألة بإيجاب تسمية
الشخص الذي حرر الشيك الضالعة في سحب الشيك ، كما حاولت التقنيات الأخرى
كل على طريقته - مشكلة التفرقة بينهما بالنظر على وصول القيمة في السفينة دون
الشيك أو أن الشيك يسحب عادة على مصرف أو مؤسسة مشغلة بأعمال المصارف

فإن كان قد سأل المستفيد عن

١- (١) بالمصطلح الشيك على نقود

وقلنا يسحب على غير ذلك (١) . وأنه يستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليه .
ولا يضاف إلى أجل (٢) وأن صحته تتوقف على وجود مقابل وفاء له .
بخلاف السفتجة في ذلك كله (٣) .

(الوصف (التكييف) الفقهي الإسلامي)

— إن العرف المصرفي قاض بأن ما يسمي إيداع النقود في المصارف ليس
إيداعا حقيقيا أي استحقاقا لعينها — وإنما هو صورة من صور الإقراض
يترتب عليها انتقال ملكية النقود إلى المصرف الودع اديه .. وله حق التصرف
بها كما يشاء .

فلما كان الأمر كذلك يسكن السحب على الحساب الجاري في المصرف من
قبيل تقاضي دين أو جزء منه وهذا حق المقرض يباشره بنفسه إن شاء أو بمن
ينوب عنه .

(١) أخذ القانونان المصري والسوري بهذه التفرقة على أنه لا مانع في
القانون المصري من أن يكون الشيك مبينا فيه سببه وإن جرى عمل المصارف
على رفض الشيكات المسببة والقانون السوري أوجب في السفتجة ذكر كلمة
(سفتجة) في صلب الصك . كما أوجب في الشيك ذكر كلمة (شيك) في
صلب السند .

(٢) هذه التفرقة غير مجردة فالسفتجة أيضا قد تسحب على مصرف .

(٣) السفتجة أيضا قد تستحق الدفع بمجرد الاطلاع عليها .

(٤) محاضرة الصكوك المصرية لأمين بدر ٣ — ٤ وعلى حسن يونس ٣٥٤؛ ٣٥٥
ولا يخفى أن هذه التفرقة الأخيرة والتي قبلها أيضا غير صالحتين لأنها تفرقة
في الحكم القانوني . وهذا يتوقف على معرفة كونه شيكا بعلامة ذاتية .

(٥) ودائع البنوك والحسابات الجارية : محاضرتان للأستاذ ونسور ريجا ١٩

وسياتى فى التظهير أنه تارة يكون حوالة ، وتارة يكون وكالة بالقبض .

وينبغى التنبيه إلى أنه إذا اتفق صاحب الشيك والقباض على أن القبض كان نيابة عن الساحب أو حوالة منه فذاك .. وإن اختلفا أمكن التعويل على الصورة التى حرر بها الشيك : فإذا كان مظهرأ تظهيرأ تامأ ، أو مسحوبأ لأمر القبض ، فالمصدق مدعى الحوالة ، لأن الظاهر شاهد له باعتبار صورة الصك المحرر نفسه أى باعتبار صيغة العقد ، وإلا فبالعكس . هذا من بعض وجهات النظر فى الفقه الإسلامى . ولكن هناك وجهات نظر أخرى منها ما هو أقوى وأسد فليراجع فى ذلك ما تقدم فى مبحث (اختلاف المتعاقدين فى أن المقصود بالحوالة وكالة) من مباحث ركن الحوالة . (ف / ٩٧) .

(رابعأ)

تظهير الأوراق التجارية

تمهيد :

أهم الأوراق التجارية : السفتجة القانونية والشيك ، وسند الأمر . وقد سبق الحديث عن السفتجة والشيك . أما سند الأمر فهو تمهيد مكتوب موقع عليه من شخص ، يسمى المحرر ، يدفع مبلغ معلوم من النقود فى تاريخ معين أو قابل للتعيين ، لأمر شخص معين باسمه . ويجوز فى بعض التقنينات جعله لحامله .

ويتطلب التقنين المصرى والسورى واللبنانى النص فيه على وصول القيمة ، خلافاً لقانون جنيف الموحد (١) .

وواضح أن سند الأمر ورقة ثنائية ذات طرفين لا تتوقف — كالسفتجة — على قبول ثالث ويفترق عن الصكوك أو الأسناد العادية بأنه يحزر لأمر شخص ، فيستطيع — بسبب كونه لأمره — تحويلة لغيره بطريق التظهير الآتى بيانه .

(١) أمين بدر ٣٤ وعلى حسن ٩ .

(١٧ ب عقود)

ويأخذ سند الأمر أحكام السفتجة ، مالم تتناف مع طبيعته (١) .

الوضع القانوني للتظهير :

التظهير هو بيان يكتبه حامل الورقة التجارية (ويسمى المظهر) على ظهرها أو على وصلة مرفقة بها ، لينقل بمقتضاه بعض أو كل الحقوق التي ترتبها له إلى شخص آخر يسمى المظهر إليه . وهو ثلاثة أقسام :

١ — تظهير ناقل للملكية (ويسمى التظهير التام) : وهو التظهير الذي ينقل بحقوق الحامل كاملة .

٢ — تظهير توكيل : وهو الذي يقصده منه تمكين المظهر إليه من تحصيل قيمة الورقة التجارية لحساب المظهر .

٣ — تظهير تأميني : وهو الذي يقصد منه تقديم ضمان للمظهر إليه بحق له تجاه المظهر أو تجاه شخص آخر ، ويسميه بعضهم باسم : الرهن التوثيقي (٢) .

— ولكل مظهر إليه أن يظهر لغيره مالم يشترط عليه عدمه ، فإن شرط عليه ذلك أيعنى الشارط من الضمان لمن قول إليهم الورقة بتظهير لاحق إذ إن هذا الشرط لا يلغى حق التظهير . هكذا قرره قانون جنيف الموحد ، والتقنينات المتابعة (٣) .

هذا ؛ وإن للتظهير التام شرائط قانونية منصلة في القوانين إذا لم تتوافر كان التظهير غير صحيح .

آثار التظهير التام :

— يترتب قانوناً على التظهير التام مايلي :

(١) أمين بدره ٣٥٥ .

يسمى السند في اللغة الفرنسية *billet à ordre*

(٢) أمين بدر ٥٥ و ٥٦ و ٧١ .

(٣) أمين بدر ٦٠ .

١ — نقل ملكية الورقة التجارية إلى المظهر إليه .

٢ — صيرورة المظهر ضامناً للوفاء بالورقة التجارية على وجه الضامن مع الساحب أو المحرر وسائر الموقعين والضامين .

٣ — التطهير من الدفع . أى حماية المظهر إليه . الحسن النية من الدفع التى يملك المدين توجيهها إلى كل متعامل بالورقة التجارية (وحسن النية هنا معناه عدم العلم بأسباب تلك الدفع) .

٤ — تملك الحامل مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه .. بحيث ينفرد به دون سائر الغرماء إذا أفلس الساحب ، فليس لدائن آخر إيقاع الحجز عليه (١) .

الوصف الفقهي الإسلامى للتطهير :

يلزم التفريق هنا بين حالتين :

١ — حالة الورقة التجارية (٢) المحررة للأمر أو الإذن إذا فقدت صفتها التجارية وصارت سنداً عادياً (٣) ، أى مجرد وثيقة بدين لحاملها على صاحبها أو محررها ،

(١) أمين بدر ٥٩ ومحاضرة أمين بدر ١١ - ١٢ .

(٢) من المعروف أن الفقه الإسلامى لم يميز فى الديون والأوراق والحوالات بين ما هو تجارى ومدنى . فهذا التمييز أحدثته القوانين الحديثة تحقيقاً لسرعة الحركة التجارية .. وإن كانت أصول الشريعة قد نصت فى آية المداينة على هذا التمييز ورتبت عليه فروقاً من حيث الإثبات تسهيلات للتعامل .. ولكن الفقه لم يتطور بهذه النظرية التطور اللازم (عبد القادر عودة فى التشريع الجنائى الإسلامى ١-٥٨) .

(٣) السند التجارى الإذنى (لا الاسمى) هو الذى يقبل التطهير عند القانونيين أما غيره فلا يكفي تطهيره لتحويله عندهم ل لا بد من قبول المحال عليه أو تبليغه (على حسن ١٠٢) .

والفقه الإسلامى لا يفرق هذه النفقة ، فالتطهير كاف للحوالة بكل حال .. مادام هذا مقصود المتعاقدين بالتطهير ، عند من لا يشترط قبول المحال عليه المدين ، وهم الأكثرون .

فأصبحت لا تقبل التظهير قانوناً.. ففي هذه الحالة يكون تظهيرها لشخص آخر حوالة عادية بالمعنى الشرعى، نظراً إلى أن العبرة في العقود بما يدل على معانيها، دون تقييد بعبارات خاصة.. هذا إذا كان المظهر إليه دائئاً للمظهر، فإن لم يكن دائئاً فالتظهير توكيل له بتقاضى الدين على أن يملكه قرضاً.

٢ - حالة الورقة التجارية المحتفظة بصفقتها التجارية، فإن تظهيرها لشخص آخر يكون حوالة بالمعنى الشرعى ولو شرط المظهر انتفاء ضمانه للدين المحال به أو لم تتوافر فيه شرائط التظهير قانوناً.. ذلك أن المحيل غير ضامن أصلاً للوفاء بهذا الدين شرعاً في معظم مذاهب الفقه الإسلامى، وإن ضمانه التلقائى لهذا الوفاء في مذاهب أخرى إنما هو عند التوى، أى العجز عن وصول المحال إلى حقه إما مطلقاً، وإما بأسباب معينة.. وإيس هو بكل حال ضماناً على هذا النحو المطلق المقرر للتظهير القاتونى في سند الأمر التجارى، بحيث يكون للحامل الرجوع على المظهر لمجرد عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق، دون أن يسكفه ذلك أكثر من إجراءات شكلية بسيطة. وقد ينص في الورقة التجارية نفسها على شرط الرجوع دون حاجة إلى تلك الإجراءات الشكلية فيعنى حينئذ منها (١). (هذا كله إذا كان المظهر إليه دائئاً، وإلا كان التظهير توكيلاً كما مر قريباً).

أما مع التصريح بالضمان فإن المعاملة تكون كفالة.. وإن اشتراط تقديم الكفيل - المفهوم عرفاً في هذا النوع من التعامل - مستقيم على أصول المالكية - لكن عندهم لا يكون الرجوع على الأصيل مع هذا الشرط - إلا بعد تعذر الاستيفاء من الكفيل، لا بمجرد عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق، إلا أن يعتبر ذلك أيضاً كالمشروط عليه، وهو مقتضى الأوضاع المعمول بها في هذه المعاملة، فالعرف مغل حتى عن التصريح بالضمان (٢).

ومن الواضح - وفق أصول فقهاؤنا - أن التظهير حوالة صحيحة بالقيود التى أسلفناها، ولكن اشتراط قبول المحرر (الموقع) في سند الأمر، أو المسحوب عليه في السفتجة والشيك يبدو محل نظر واختلاف:

(٢) أمين بدر ٩٤-٥٠ وعلى حسن ٣٢٢ و ٣٩٩.

(٢) الخرشي على خليل ٢٤٤/٤.

فمن اشترط قبول المحال عليه - كالحنفية - يجعل رفض المحرر أو المسحوب عليه قبول الورقة التجارية حائلا دون صحة الحوالة نفسها لادون مسئوليات الالتزام الصرفي لحسب .

ومن لم يشترط قبوله - كالشافعية - يحكم دونه بصحة الحوالة ، ولزومها ، ولا مزيد .

أما تتابع التظهيرات ، فمن قبيل تراكب الحوالات ، أو الوكالات أو الكمالات الذى هو من مسلمات الفقه الإسلامى .

وفقهاؤنا يوافقون على تنديم الحامل للورقة المظهرة إليه (المحال) على سائر الغرماء إلا إن كان الدين فى ذمة المحال عليه قد سقط تعلق الحوالة به فإن الحامل (المحال) حينئذ يكون أسوة الغرماء وهذا منصوص عليه - من بعض وجهات النظر فى حاله موت المحيل حوالة مقيدة قبل الوفاء (ر : ف / ٢٧٤) .

أما التضامن بين الموقعين على الورقة التجارية فإدام ذلك قد أصبح عرفاً سائداً فإن كل تظهير يكون ضماناً للمظهر إليه ، وفى الوقت نفسه توكيلاً له من المظهر فى أن يضمن الدين عنه للمظهر إليه التالى ، بحيث يكون كل مظهر ضامناً أصيلاً ووكيلاً فى الضمان عن جميع الموقعين قبله على الورقة . وهكذا توقيع الساحب . هذا على رأى من لا يصححون الضمان قبل الوجوب وإلا فالسأله أوضح من أن يتكلف لها مثل هذا .

هذا . وقد يلاحظ أن توقيت الرجوع على الضمان لا يتفق مع الأصول الفقهية فى الحوالة لكن يجوز للحاكم التوفيق للمصلحة العامة (٣) .

وأما التظهير من الدفع .. فقد مثله بعضهم قائلاً : د وعلى ذلك إذا كان التزام

(٣) يؤخذ هذا من قول صاحب الدر المختار ، لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها القاضى لم ينفذ . الدر المختار بحاشية ابن عابدين . (٣٤٢/٤) .

الناجِب تجاه المستفيد الأول قد نشأ باطلاً أو قد انقضى ثم قام المستفيد بتظهير الشيك (أو الورقة التجارية أيا كانت) بتظهير تاماً إلى الحامل حسن النية وقام هذا بمطالبة الساحب .. فإنه يتمتع على الساحب أن يحاج الحامل ببطلان التزامه (١). ولا يتنازع أكثر فقهاءنا في عدم صحة الدفع بانقضاء الالتزام مع تعلق ثالث (١). ولكنهم يصححون الدفع بأن الالتزام قد نشأ باطلاً .. لأن الدين هنا لم يكن قائماً قط. بخلافه في الحالة الأولى. ومع صحة هذا الدفع شرعاً في وجه الحامل حسن النية يجوز للحاكم أن يمنع سماع الدفع في حق الحامل مطلقاً إذا كان في هذا المنع مصلحة عامة، وقد قالوا: يجوز للحاكم أن يقيد القضاء ويعلقه بالشرط والإضافة والاستثناء (٢).

ولا غرو فإنهم في التشريع التجارى المصرى جعلوا المدين التمسك بعدة دفعوع: كالتزوير، وكشرط عدم الضمان في نص الورقة، وكعدم استيفاء البيانات اللازمة لاعتبارها ورقة تجارية، وكالمقاصة — بين دينى المدين والحامل (٣)، وكلها دفعوع معتبرة شرعاً، ولفقهاء المذاهب نصوص تدعها — عدا الدفع باستيفاء البيانات اللازمة لا اعتبارها ورقة تجارية — وإن كان لا ينوب عن له الدفع أصالة غيره من سائر الموقعين إلا في حالة غيبة، أو بطريق من طرق الثبابة الشرعية.

على أن استثناء الدفع باستيفاء هذه البيانات إنما هو بالنظر لأصل الشرع لأن هذه البيانات اللازمة قانوناً في ترتيبات زمنية جديدة ليس لها ذكر في نصوص

(١) محاضرة أمين بدر ١٢ .

(٢) من الأمثلة التطبيقية الموضحة لذلك: أن المستفيد الأول إذا كان بائعاً محالاً بالثمن ثم سقط استحقاقه لرد السلعة بالعيب .. يكون للساحب حق الدفع بانقضاء التزامه تجاهه .. لا تجاه المستفيد الثانى أو أى مستفيد آخر انتقلت الورقة إليه بالتظهير، لتعلق حق الغير.

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤/٣٤٢ .

(٤) أمين بدر ٦٤ - ٦٦ وعلى حسن يونس ١٥٩ - ١٦١ .

الشريعة أو الفقه ، ولكن لا يخفى أنه يجوز للحاكم أن يشترط في سماع الدعوى بصحة العقود تفيد هذه العقود بالكتابة على شكل خاص ، ويترتب عليه قبول الدفع بعدم استيفاء البيانات اللازمة لصحة الورقة . لكن هذا لا يجوز للإنسان فيما بينه وبين الله تعالى أن يأكل حق صاحبه الثابت وإن لم يحكم في القضاء له به .. وبالجملة فالحوالة بتظهير الورقة التجارية هي كآية حوالة أخرى وهذه الدفع فيها هي دفع مقبولة في النظر الإسلامي : فبدأ التظهير هنا غير وارد بالنظر لأصل الشرع وإن كان مقبولا بالنظر إلى تقييد ولي الأمر .

ثم إن المواضع التي قلنا فيها إن التظهير يعتبر حوالة شرعية إنما يكون التظهير فيها كذلك حينما يكون المسحوب عليه مديناً للساحب فإن لم يكن مديناً له بالدين الذي تثبته الورقة التجارية (ويتصور هذا في السفتجة والشيك) فإن التظهير لا يمكن اعتباره عقد حوالة إلا عند من لا يشترط مديونية المحال عليه للخيال من فقهاء . وقد يكتفى بوجود عين للساحب لدى المسحوب عليه ، كالوديعة إن كان هذا هو الواقع ، وكان الوفاء مقيداً بتلك العين (برغم اشتراط القانونيين على الرجوع أن يكون دين الورقة التجارية ديناً نقدياً) ولكن لا بد عند فقهاء هؤلاء حينئذ من قبول المحال عليه .

أما عند من يشترطون من الفقهاء مديونية المحال عليه فليس التظهير - دون هذه المديونية - إلا تمهيداً لعقد كفاله لا تعقد إلا بقبول الكفيل وهو المسحوب عليه هنا .. ويعود هنا ما قدمناه عن المالكية (ف / ٢٧١) .

(خامساً)

تظهير أوراق البضائع

الوضع القانوني :

— الأوراق الواردة على بضائع - كوثيقة الشحن (البوليصه) وسند إيداع متاع أو بضاعة في مخزن عام - ليست أوراقاً تجارية ، لأنها لا تمثل مبلغاً معيناً من

التقود يسهل الحصول عليه ، ومع ذلك فإنه يجوز تداولها في التقنيات الحديثة بطريقة الظهير ، ويعتبر تظهيرها بمثابة بيع للأعيان التي هي وثائق بها (١) .

الوصف الشرعى :

وهذا فى نظر الفقه الإسلامى يعتبر من قبيل بيع العين المعينة الغائبة ، فيطبق عليه حكم البيع مع الخلاف المعروف فى بيع المبيع الغائب المعين ، من النواحي التالية :

١ — صحته بإطلاق مع إثبات الخيار عند الرؤية للمشتري مطلقاً . (بحسب مذهب الحنفية) .

٢ — صحته بشرط الوصف الضابط ، مع إثبات الخيار لكلا العاقلين عند مخالفة الوصف .

٣ — عدم صحته إلا إذا وصف وتبين أن الوصف مطابق .

٤ — عدم صحته بإطلاق (بحسب مذهب الشافعية) .

(سادسا)

الخضم (٢)

الوضع القانونى :

الخضم عملية مصرفية تلخص فى قيام حامل الورقة التجارية (كالسفتجة) بنقل

(١) على حسن يونس ٢٢ .

(٢) الخضم لفظ عامى شائع فى العرف التجارى اليوم بمعنى طرح جانب من المبلغ المحدد فى السند مقابل تعجيل دفعه قبل استحقاقه . ويلاحظ أن استعمال الخضم بهذا المعنى ليس له مستند من اللغة .

ملكيتها ، وبالتالي : ملكية الحق الثابت فيها ، عن طريق الظهير إلى المصرف أو سواه قبل ميعاد الاستحقاق مقابل حصول المظهر على قيمتها مخصوصاً منها (أى مطروحا) مبلغ معين ، يسمى سعر الخصم (وهو مجموع عمولة المصرف لقاء الاحتفاظ بالورقة وتحصيلها مع فائدة المبلغ) المدفوع إلى المظهر) عن المدة الباقية من تاريخ دفعه إلى تاريخ استحقاق الورقة (١) .

وفي عمليات الخصم مخاطر : لأن الورقة التجارية قد تكون مسحوبة على غير مدين ، أو على مدين معسر ، وعند الرجوع على المظهر قد يكون هو الآخر معسراً ، وكذا سائر الموقعين — إن كانوا — لأنهم غالباً أبناء مهنة واحدة ، ويتأثرون بأزمات عامة واحدة . ومع أن المصرف يحتاط عادة قبل الخصم بأخذ توقيع المسحوب عليه بالقبول فإن هذا لا يجدى في حالات النواطو (٢) .

ولذا فإن المصرف لا يقبل خصم الورقة التجارية إلا إذا كانت توحى بالثقة . بل قد يشترط شروطاً تأمينية خاصة .

وللمصرف أن يكرر الخصم لدى مصرف آخر أو لدى المصرف المركزي (٣) .

حكم الشريعة الإسلامية على هذه المعاملة :

هذه المعاملة (عملية الخصم) باطلة من وجهة النظر الإسلامية : فهي لا تصح حوالة (من المظهر للمصرف الخاصم على المسحوب عليه ، ولو كان مديناً) لفوات شريطة التساوى بين الدين المحال به والدين المحال عليه : لأن الدين المحال به هو المبلغ الذى يدفعه المصرف الخاصم ، إلى من قام بتظهير الورقة إليه ، والدين المحال عليه هو الذى تثبته الورقة ، وقد علمنا فرق ما بينهما .

وكذا لا تصح فرضاً من المصرف الخاصم وتوكيلاً من المظهر فى استيفاء بدل

(١) محاضرة خصم الكمبيلات : للوزير فرج ١ وعمليات البنوك ٧٢ و ٧٣

(٢) محاضرة (خصم الكمبيالات) للوزير فرج ١٣ .

(٣) عمليات البنوك ٧٤ و ٧٥ .

القرض من المسحوب عليه : لأنه حيثئذ قرض جر نفعاً ، لمكان عدم التساوى ، كما أسلفنا .

ولا تصح أيضاً على سبيل بيع الدين لغير من هو عليه عند من يصححه ، لأن العوضين هنا من النقود ، ولا يجوز بيع النقود بجنسها مع التفاضل ، وعند اختلاف الجنس يجب التقابض .. فهذه العملية (الخصم) تضاف إلى عمليات التسليف بالفائدة التي تقوم بها المصارف ويشملها كلها نظر شرعى واحد .

(سابعاً)

الاعتماد المستندى

الوضع القانونى :

هو اعتماد (مالى) يفتححه المصرف ، بناء على طلب شخص يسمى الأمر لمصلحة عميل لهذا الأمر ، ومضمون بحيازة مستندات ممثلة لبضاعة مستحقة للأمر لدى عميله المذكور .. ويستوى أن يكون طريق التنفيذ بالوفاء أو بقبول السفتجة (١) .

يتضح من هذا التعريف أن فتح الاعتماد هو عبارة عن عهدة مالية يلتزم بها المصرف عن شخص لمصلحة آخر فى صفقة تجارية .. ولنضرب له مثالا يوضحه :

تاجر فى انجلترا باع بضاعة لتاجر مصرى وقد لا تكون بينهما ثقة متبادلة أو تكون .. ولكنهما يؤثران الحيطه بالاسيا والمستقبل غيب ، وقد يحدث ما ليس فى الحسبان .. فيطلب البائع من المشتري توسط مصرف يثق به .. فيتعهد المصرف بتأديه الثمن المحدد للبضاعة إلى البائع تعهداً معلقاً على تقديم البائع إلى المصرف الوثائق المستندية التالية :

١ — مستندات شحن البضاعة فى الميعاد المتفق عليه .

٢ — وثيقة تأمين تغطي جميع الأخطار المنصوص عليها في الاعتماد .

٣ — القائمة (الفاتورة) ولا بد أن تطابق الرارد في الاعتماد مطابقة تامة .
دون اختصار أو اكتفاء بعميم عن تخصيص .

فهذا التعهد من المصرف يسمى : فتح اعتماد وينجز به البائع لكي يشحن البضاعة اعتماداً عليه .

والغالب أن يكلف المشتري إيفتح الاعتماد مصرفاً في بلده (مصرياً في مثالنا) وهذا يرسل خطاب الاعتماد إلى مصرف في بلد البائع (انجليزى في مثالنا) ليبلغ البائع باستعداده للتنفيذ نيابة عن المصرف المصرى . . وقد يكون هذا المصرف الثانى مديناً أصلياً للبائع بمجرد تبليغه فتح الاعتماد لديه ، لا مجرد وكيل بالقبض عرضة للمزل فى أى وقت . ويسمى الاعتماد حينئذ : اعتماداً مؤيداً . . ولا يكون الاعتماد المؤيد إلا من قبيل الاعتمادات النهائية : أى التى بمجرد تبليغها إلى المستفيد تصير غير قابلة للرجوع . . ولوأفلس الأمر ، وأمر بإلغاء الاعتماد ، أو ثبت بطلان البيع . . ما لم تحكم محكمة بصحة الرجوع فى هذا الاعتماد بسبب ما . . رغم أن الأصل عدم جواز الرجوع فيه .

أما الاعتمادات القابلة للإلغاء بحسب رغبة المصرف أو الأمر فى — وإن كانت أقل تكاليف — فلها يعول عليها اليوم ، لأنها لا تعطى البائع التأمين الكافى الذى يريده ولا تقبل التأيد .

وإذا قدم البائع المستندات المطلوبة ودفع له المصرف الثانى الثمن ، ضم المصرف المذكور هذه المستندات إلى الورقة التجارية المثبتة دفع الثمن للبائع (الإيصال) وأرسل الوثائق كلها إلى المصرف الأول (المصرى) ليقوم بتأدية مبلغها مع المصاريف (ومنها العمولة) إلى المصرف الثانى فى بلد البائع .

وللمصرف الأول (المصرى) أيضاً عمولته المتفق عليها يستوفىها وسائر التوابع مع مبلغ الاعتماد من المشتري .

فإن أبى المشتري الدفع ، كان للمصرف المصرى حق بيع البضاعة ، لأنها مرهونة

بحقه ، وقلبا تكفى ، وليس له حق الرجوع جبراً على البائع بحال .. مهما تكن
الاسباب : لأن العملية بطبيعتها تتضمن نزول المصرف فاتح الاعتماد عن حقوقه
المصرفية تجاه البائع ، ليطمئن هذا البائع إلى نهائية الوفاء .

فإذا أخطأ المصرف ، فدفع المبلغ وكانت المستندات غير مطابقة ، فلا رجوع
له على الأمر (المشتري) كما لا رجوع له على المستفيد (البائع) لأنه هو المقصر ..
وقد كانت لديه المهلة الكافية للتأكد من سلامة هذه الوثائق ومطابقتها ، إلا إذا
كان المصرف قد شرط الرجوع على المستفيد عند رفض الأمر المستندات
مثلاً () ..

حكم الشريعة الإسلامية على هذه المعاملة :

هذه المعاملة صحيحة إجمالاً فيما يبدو من وجهة نظر الفقه الإسلامى ، على أحد
الأسس الآتية :

الأساس الأول :

توكيل ورهن : فيمكن تخريج هذه المعاملة على أنها تتضمن عقد وكالة بعوض
فى أداء دين (هو حق المستفيد على الأمر) وفى تسلم مستندات البضاعة قبل
الأداء .. فالتوكيل بالأداء مقيد بكونه بعد تسلم المستندات الصحيحة ، والوكالة
المقيدة يلتزم فيها قيدها .. وهذا التوكيل يتضمن رهناً ضمناً للبضاعة لدى الوكيل
إلى أن يستوفى الثمن الذى وكل بأدائه من ماله ، وهو رهن ضمنى مستنده العرف
.. وثبته نصوص القوانين .

وهذا التخريج النقي يفسر لنا أموراً مهمة فى هذه المعاملة ، وهى :

١ — نهائية الالتزام وعدم قبوله الرجعية من جانب الوكيل (وهو هنا المصرف
الوسيط فاتح الاعتماد) لأن الوكيل بأجر يجب عليه القيام بما وكل فيه ويجبر

على ذلك ، لاسيما أنه تعلق بالوكالة هنا حق الغير : وهو البائع^(١) . كما أن عقد القرض — بمجرد انعقاده — لازم عند المالكية من جانب المقرض ليس له الرجوع فيه حتى ينتفع به المقرض على العادة في مثله^(٢) .

والمقرر عرفاً وقانوناً في هذا الشأن أنه إذا أصر الموكل (في مسألة فتح الاعتماد) على الامتناع عن الدفع بغير حق وتعذر الاستيفاء منه ، كان للمصرف حق التصرف في البضاعة ليستوفي حقه بأن يبيع منها بقدر الحاجة . . . وهذا سائغ عند فقهاء الشريعة دون رجوع إلى القاضي إذا كان عن شرط ، بل له ذلك عند الثمافية من غير تعذر الاستيفاء مادام الخصم ممتدماً عن دفع الحق الثابت عليه^(٣) .

٢ — عدم مساءلة المصرف بعد قيامه بالدفع وفق شروط الاعتماد مهما تكن حال البيع نفسه ، إذ لا شأن للمصرف بذلك ، فإن الوكيل بالإقباض ليس وكيلاً في عقد مالي ، فلا عهدة عليه ، كالرسول^(٤) .

٣ — نهائية الالتزام من جانب الأمر (وهو المشتري طالب فتح الاعتماد) فيكون الاعتماد من هذه الناحية غير قابل للإلغاء ، على أساس أنه توكيل تعلق به حق الغير فيمنع على الأمر الموكل الرجوع عنه .

ملاحظة :

قد يرد على هذا الحل أنه قاصر لا يفسر لنا كون المصرف يصبح مدينًا أصلياً للمستفيد حل محل الأمر فبرئت بذلك ذمة الأمر تجاه المستفيد كما هو الحكم المقرر قانوناً .

وحينئذ يمكن إحلال الحوالة محل الوكالة في هذا التخريج ، فنعتبر معاملة

(١) رد المختار ٤/٤٠٩ و ٤١٠ .

(٢) الخرشى على خليل ٤/١٤٢ .

(٣) السراج الوهاج ٦١٤ والشرقاوى على التحرير ٢/٥١١ .

(٤) البحر الرائق ٧/١٩٦ وبدائع الصنائع ٦/٢٥ .

معاملة الاعتماد المستندي حوالة على المصرف فاتح الاعتماد بأمر الأمر . فيكون له عليه حق الرجوع بعد الأداء ، ويكون المستفيد (البائع) محالا قد قبل الحوالة بقبول فتح الاعتماد لمصلحته ويبرأ تجاهه الأمر ، وهو هنا المشتري طالب فتح الاعتماد كما نوضحه في الأساس الثاني .

الأساس الثاني :

وقد يسعنا أن نقول استناداً إلى وجهة نظر أخرى : أنه حين ينص على نهائية الالتزام من طرفيه — أو يكون ذلك كالمخصوص — يكون الأمر إذا محيلاً بدين المستفيد على المصرف الوسيط فاتح الاعتماد ، ورضا الأطراف الثلاثة قائم وليست هذه حوالة معلقة على شرط (تسليم المستندات) بل حوالة مطلقة منجزة بدين مؤجل يحل عند تقديم هذه المستندات . وقد قبلها المحال عليه (المصرف الوسيط) بأمر المحيل . فيحق له الرجوع عليه .

وقد يدفع الأمر جانباً من المبلغ الاعتماد مقدماً إلى المصرف . ففي هذه الحال يكون طلب فتح الاعتماد توكيلاً بالأداء إلى الدائن فيما قدمه الأمر وحوالة في الباقي .

لابأس فيها بالعمولة المصرفية .. لأنها منفصلة عن الحوالة ، فليست حوالة بأجر حتى يقال إن ذلك يتنافى مع طبيعتها من كونها عقد إيفاء واستيفاء لا غير .. أو عقد إرفاق .. إنما هي أجرة مستحقة لأجير (هو المصرف) على الأعمال الكثيرة التي يقوم بها كما حررناه في بحث التحويل المصرفي .

وقد يعترض على هذا الحل إبانته لا يطابق ما هو مقرر في التقنيات الحديثة من أنه لاعلاقة بالمصرف الذي أصدر الاعتماد بصحة البيع أو بطلانه .

ذلك لأن الحوالة — من الوجهة الشرعية الإسلامية — تبطل إذا تبين بطلان البيع الذي بنيت عليه . وإذا كان المحال عليه قد دفع إلى المحال فإنه يتخير بين الرجوع على القابض ، لفساد قبضه ، والرجوع على المحيل ، كما في الحوالة الصحيحة

وللرد على هذا الاعتراض يلزم توضيح الفارق بين نظرة الفقه الإسلامى إلى الحوالة ، وبين موقف التقنينات الحديثة فى الاعتماد المستندى ...

فالفقه الإسلامى يجعل بين الحوالة والبيع الذى أحيل فيه بالثمن أو عليه علاقة وثيقة ، فإذا تبين بطلان البيع كان طبيعياً أن تبطل الحوالة المرتبطة به .

أما الاعتماد المستندى فينظر إليه القانونيون نظرة مستقلة تماماً عن البيع الذى فتح الاعتماد تنفيذاً له ، لاختلاف أطرافه وأساسه القانونى .. ولذلك كان طبيعياً عندهم ألا يتأثر الاعتماد ببطلان البيع .

على أن هذا الفارق نظرى ، إذ النتائج من الناحية العملية واحدة ، ففى الاعتماد المستندى يرجع المصرف على الأمر فاتح الاعتماد بالقيمة طالما أنه نفذ التزامه بتسليمه المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد ، بصرف النظر عما إذا كان عقد البيع صحيحاً أو باطلاً (١).

وفى الفقه الإسلامى ، يرجع المحال عليه (المصرف هنا) بعد أداء القيمة إلى البائع (المحال) على الأمر فاتح الاعتماد (المعبر محيلاً) فى كل الأحوال ، أى سواء أكان البيع صحيحاً أم باطلاً ، كما أن للمصرف - بمقتضى مذهب الحنفية - الخيار - فى حالة تبين بطلان البيع - بين الرجوع على المحيل وبين الرجوع على المحال القابض (البائع فى مثالنا) فالنظر القانونى إنما قطع فقط طريق الرجوع على القابض .. وبذا يتبين أن النتائج العملية واحدة وإن اختلف الأساس النظرى .

الأساس الثالث :

إن البحث فى الاعتبارين السابق شرحهما لتخريج الاعتماد المستندى على أساس

(١) بخلاف ما إذا كان المصرف قد قصر فى تسليم المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد ، فلا يلتزم الأمر حينئذ بدفع القيمة له ، ومرجع ذلك إلى مخالفة المصرف لالتزامه هو ، بصرف النظر كذلك عما إذا كان عقد البيع صحيحاً أو باطلاً .

من العقود التقليدية في كتب الفقه ، لا يعدو أن يكون محاولة لتصنيفه على أساس هذه العقود .

على أنه قد سبق أن بينا أن الأهل في المعاملات جواز استحداث ما يتلاءم مع الحاجات المتجددة المتنوعة طالما لم يصابم العقد المستحدث أصلاً شرعياً .

وهذه التخریجات الثلاثة نقدمها على أساس تجريد الاعتماد المستندى مما ليس لازماً قانوناً له بما قد يكون فيه شبهة أو خلاف في وجهة النظر الشرعية بين فقهاء العصر، كالتأمين على البضاعة ، إذ يجوز أن يفتح الاعتماد دون اشتراط وثيقة التأمين ضمن المستندات التي يلتزم المصرف بتسليمها ، فيمكن اعتباره بعد ذلك عقداً جديداً تدعو إليه مصلحة التجارة المشروعة (١).

(ثامناً)

حوالة الذمة (٢)

(١) إسقاط التأمين من التجارة الخارجية ، ومن ثم من وثائق الاعتماد المستندى ، هو قول غير عملي بالإطلاق . . ولكن للتأمين طرق مشروعه (أنظر « التأمين بين الحل والتخريم ، للزائف)

(٢) الذمة المقصودة هنا هي الذمة بالاصطلاح القانوني ، أى مجموع الحقوق والالتزامات ، وهي تختلف في مفهومها عن الذمة في اصطلاح الفقه الإسلامى الذى يعطيها معنى المستودع المقدر فى الذات الإنسانية المستقر فيه تقديرأ كل الديون التى تلحق الشخص بما هو ملتزم به ، فلا يدخل فيها ما يملكه هو . . ومن ثم كان مفهوم الذمة فى القانون خصيلة مالية تكون بين ما له وما عليه ، فهى ذمة مالية . أما فى الفقه الإسلامى فالذمة شخصية .

ومن ثم تنحل الذمة عند علماء القانون إلى عنصرين : (عنصر إيجابى) وهو ما يملكه الشخص من حقوق ، (وعنصر سلبى) وهو ما عليه من ديون والالتزامات . ولزيد الإيضاح لمعنى الذمة فى الفقه وفى القانون ، ووجوه الوفاق والفرق بينهما ينظر الجزء الثالث من سلسلة (الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد) للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا (ف/١١٧-١٣١) .

الوضع القانوني :

تجيز بعض التقنيات الحديثة أن ينقل الشخص جميع محتويات ذمته القانونية — أى ماله من حقوق وما عليه من التزامات ، تحديداً أو تقريباً — بحملتها إلى مالك جديد ، أو أن ينقل جميع حقوقه دون التزاماته إلى مالك جديد .

ونظراً لأن بإمكان المدين أن يلجأ إلى هذا التصرف الأخير بسوء نية إضراراً بدائنيه ، فتضيع ديونهم لإفلاسه أو فراره وعدم مسؤولية المالك الجديد ، أو صعوبة إثبات هذه المشيرليه ، لذلك اتجه النقيض الحديث إلى وضع ضمانات للدائنين تمثل في اعتبار المالك الجديد (المتصرف إليه) متضامناً بحكم القانون مع المتصرف تجاه دائنيه ، وعدم الاعتماد بأى اتفاق كان بين المتصرف والمتصرف إليه يخالف هذا التضامن المفروض بينهما بقوة القانون^(١).

وحكم الشريعة الإسلامية على هذه الحوالة :

إن تحويل الذمة القانونية يجب التفصيل فيه — من حيث علاقة هذه المعاملة القانونية بالحوالة بين ما إذا وقع التصرف (سواء أوقع باسم الحوالة أو البيع) من صاحب الذمة على الجانب الإيجابي من ذمته ، أى على ما يملكه فيها فقط ، وبين ما إذا وقع منه التصرف على ذمته القانونية كلها جملة بعنصرها الإيجابي والسلبي ؛ أى على ما يملكه فيها وما عليه من ديون والتزامات لغيره ، بحيث يحمل محله المتصرف إليه (مشترياً أو محالاً) في امتلاك كل ما هو له ، وفي تحمل كل ما هو عليه للغير .

(١) ففي الحالة الأولى ، أى اقتصار التصرف على الجانب الإيجابي من الذمة لا يسكون لهذا التصرف علاقة ما بالحوالة الشرعية في نظر الفقه الإسلامي ، (وإن سمي هذا التصرف حوالة بلغة القانون) لأنه في حقيقة الأمر بيع من

(١) المادة / ١١٩ من القانون الألماني ، والمادة / ٤٧٩ من القانون المدني اليوناني وحوالة الدين للدكتور عبد الودود يحيى / ٣٠٦ — ٣١٢ والمادة / ١٨١ من قانون الالتزامات السويسري .

الإنسان لجميع ممتلكاته سوى ما يستثنيه العقد نصاً أو عرفاً (كالثياب التي على بدنه - مثلاً) . ذلك لأن الذمة القانونية هي حصيلة مالية يدخل في عنصرها الإيجابي . ما يملكه الإنسان من أعيان وماله من ديون على غيره ، وبتعبير آخر في اصطلاح القانون : ما له من حقوق عينية وشخصية .

وحالة الحقوق في القانون هي بيع أو هبة لها مهما كان نوع الحق المبيع أو المحول .. فيطبق على هذا التصرف أحكام البيع في الفقه الإسلامي إن كان بعوض . من حيث شرائط المبيع والثمن وغيرهما من شرائط مقومات البيع ، أو تطبق عليه شرائط الهبة إن كان بغير عوض .

وكل ما في الأمر أن القانون هنا يتدخل لحماية دائي المتصرف من سوء نيته . المحتمل في قصد تهريب أمواله وحقوقه من وجوههم ، فيفرض القانون تضامناً بين المتصرف والمتصرف إليه (البائع المشتري) . وهذا التضامن الجبري هو كفالة . يفرضها القانون بينهما للمصلحة العامة في حماية الحقوق ، لعللاقة لها بمفهوم الحوالة . لا شرعاً ولا قانوناً .

ولا يمكن وصف هذا التصرف في الجانب الإيجابي من الذمة بأنه حوالة حق في الفقه الإسلامي ، لأن حوالة الحق في فقها يجب فيها أن يكون الحق ديناً لصاحبه . ثابتاً في ذمة غيره (بالمعنى الفقهي للدين والذمة) ، وأن يكون محيله مديناً للمحال .

والمتصرف إليه في حوالة الجانب الإيجابي من الذمة القانونية (وهو هنا في موقع المحال) ليس دائئاً لصاحب الذمة المحيل ، بل هو مشتر منه قد حل محله في ملك حقوقه التي تشمل ما يقال له في عرف القانونيين (أمواله المادية وغير المادية) .

يتضح من ذلك أن هذا التصرف الجزئي في جانب من الذمة القانونية . (الجانب الإيجابي) يخرج عن مفهوم الحوالة بمعناها المقرر في الفقه .

الإسلامى خروجاً تاماً ولا صلة له بهـ' ، وإن سمي في التعاقد وفى لغة القانون حوالة .

(ب) أما فى الحالة الثانية (أى وقوع التصرف على ذمة المتصرف كلها بعنصريها الإيجابى والسلبى) فإن هذا التصرف بالنسبة للجانب الإيجابى من الذمة يقال فيه ما قلنا فى الحالة الأولى ، أى إنه يعتبر بيعاً لكل ما يملك المتصرف من حقوق ، ويثبت فيه تضامن جبرى بحكم القانون بين الطرفين المتصرف والمتصرف إليه تجاه غرماء الأول .. ولا صلة له بمعنى الحوالة فقهاً .

أما بالنسبة للجانب السلبى وهو الديون التى على المتصرف لدائنيه فإنه حوالة دين بكل معنى الكلمة فالمتصرف محيل ، وغرماءه الدائنون له محالون (على مذهب من لا يشترطون رضا المحال) ، والمتصرف إليه محال بهذه الديون .

ولا يضير الدائنين فى هذه الحال أن يعتبروا محالين دون رضاهم مادام القانون قد فرض التكافل بين المتصرف والمتصرف إليه لمصلحتهم ، فأصبحت ديونهم مضمرنة بذمتين بعد أن كانت بذمة المتصرف المدين وحده .

هل يجوز لولى الأمر هذا التدخل ؟

وهنا يثور التساؤل : هل يجوز فى نظر الفقه الإسلامى أن يتدخل ولى الأمر ويفرض فى التزامات المتصرف وديونه تضامناً بينه وبين المتصرف إليه ، ولو لم يتفقا على ذلك حماية لدائنى المتصرف من تهريب أموال مدينهم ؟ لا يوجد فى أصول الشريعة ما يمنع ولى الأمر من اتخاذ ما يراه من التدابير لحماية الدائنين من تلاعب المدين ومحاولته الهرب من وفاء ديونه ولذلك سوابق فى تاريخ الفقه الإسلامى :

فيرى الإمام مالك أن المدين — قبل الحجر عليه لا يجوز له إتلاف شيء من ماله بغير عوض إذا كان بما لا يلزمه وبما لا تجرى العادة بفعله ، ويجوز بيعه وإتياعه

مالم تكن فيه مخالفة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لايتهم عليه .. واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه (١) .

إذا كان الإمام مالك لم يصل إلى درجة إبطال تصرفات المدين بعوض أو بعدم نفاذها في حق الدائنين ، فإن رأيه في الجملة يعتبر خروجاً على القاعدة الأصلية ، من نفاذ تصرفات المدين — قبل الحجز عليه — سواء في ذلك تبرعاته ومعاضاته ، حماية للدائنين « وهو نفس الاتجاه الذي نحن بصدد بحثه .. وقد سار الاجتهاد المالكي على نفس هذا المنهج حين أبطل الوقف إذا تقدمه دين ، ما لم يرضى الغرماء . وقد أفتى كذلك العلامة المولى أبو السعود من متأخري الحنفية — في معروضاته — بعدم جواز وقف من وقف هرباً من الديون ، وذكر أنه صدر الأمر السلطاني بمنع القضاء من الحكم بالوقف بمقدار ما شغل بالدين (٢) .

ومعنى هذا أن المدين يعتبر محجوراً عن الوقف من تلقاء نفسه بالأمر السلطاني دون حاجة إلى حجز قضائي فيما يعادل الدين من أمواله ، فإذا كان في أمواله غير ما وقفه منها وفرق بين بالدين نفذ الوقف ، والاتوقف على إجازة الدائنين .

وهذا ما استشرت عليه فتاوى المتأخرين من الفقهاء (٣) .

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٣١٢/٢ .

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣٩٥/٣ ، وأحكام الأوقاف للأستاذ مصطفى الزرقا (ف / ٩٠ - ٩١) .

(٣) أحكام الأوقاف للأستاذ الزرقا (ف / ٩٠ - ٩١) .

بقي أن يقال : إن إعطاء هذه الصلاحية لولي الأمر العام يؤدي إلى إمكان أن يتصرف هذا الحاكم بحسب هواه في تغيير الأحكام الاجتهادية ، وتقييدها بأوامر أو قوانين زمنية يصدرها وهو قد لا يهتم موافقتها لقواعد الشريعة .

وقد يكون هو جاهلاً أو فاسقاً لا يبالي تهديم الشريعة فكيف يجب طاعته شرعاً في هذه الأوامر ؟

والجواب :

إن النصوص الفقهية التي تعطى ولي الأمر هذه السلطة إنما هي مفروضة في إحدى حالتين :

والخلاصة أنه لا يوجد في أصول الشريعة ما يمنع ولي الأمر من أن يعتبر الجانب السلبي من الذمة مضموناً بذمة من انتقل إليه الجانب الإيجابي .

وطبيعي إذن أن تكون مسئولية المتصرف إليه محصورة بقيمة الجانب الإيجابي الذي انتقل إليه فإذا زاد الجانب السلبي عن الجانب الإيجابي لم يكن للدائنين عليه من سبيل فيما يزيد (١) وهذا كحالة دائني الميت حيث تقضى ديونهم من تركته قبل توزيعها على الورثة ، فإذا لم تقب الركة بالديون لا يسأل الورثة بشيء ؛ فقد يكون المتصرف إليه حسن النية وجديراً لذلك بحماية ولي الأمر شأن الدائنين الذين يتدخل لحمايتهم (٢) .

== — إما أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة ، كما كان في الصدر الأول من العهد الإسلامي وإما أن لا يكون عالماً مجتهداً ، وعندئذ لا يكون لأوامره هذه الحرمة الشرعية والاعتبار إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم والتقوى من فقهاء الشريعة وموافقهم عليها . (المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا ف ٧٠ - في الحاشية ، الطبعة الثانية) .

(١) وهذا ما قد نص عليه القانونان الألماني واليوناني المشار إليهما .

(٢) جرى القضاء الألماني على تطبيق حكم المادة / ١٩ مدني .. ليس فقط على حالة انتقال مفردات الذمة جملة ، بل كذلك على حالة انتقال مفردات الذمة بعقود مستقلة سواء إلى شخص واحد أو عدة أشخاص .. واشترط كثير من أحكام القضاء الألماني ، وخاصة الحديثة منها ، أن يكون المتصرف إليه عالماً بأنه يتصرف إليه في الذمة بأكملها وذلك في حالة ما إذا كان المتصرف منصّباً على شيء معين هو في الواقع كل الجانب الإيجابي من ذمة المتصرف ، أي كل ما يملك .

خاتمه

فى ختام هذه الصفحات المحدودة العدد والقيمة .. أعيد ما ذكرته من قبل فى بعض الهوامش .. من حيث الإجلال والإكبار للتراث الإسلامى الغنى بمواده كما (بتشديد الميم) ومستوى .. ثم أقول بأن حجبته عن الدارسين قد كان واحدا من أمضى الأسلحة التى حرص المستشرقون والمبشرون والمستعمرون على شهره فى وجه الأمة الإسلامية .. وهى لا تدرك خطورتها .. ولقد كان ذلك من عام ١٨٥٤ (فى بعض مراحل الدراسات الجادة للقضاء على الدولة العثمانية .. ثم تمزيق أرض المسلمين .. كما كان من عام ١٨٥٦ وهو عام الخناض لشيء يقال له « القانون الدولى » والشرعية الدولية .. وما هما إلا صياغات ماكرة بارعة .. لإيهام العالم بأن ما يجرى فى دولة الإسلام هو عمل قانونى مشروع !!

* * *

واسنا هنا بصدد الشرح المناسب لبداية المأساة من أواسط القرن التاسع عشر إلى عهدنا الحاضر .. ولعلنا نرجع إلى هذا الأمر فى مؤلف خاص ، إن شاء الله تعالى ، ولكن محل النظر هنا .. هو ذلك التخلف فى ثقافتنا نحن الدارسين على مناهج الفرنجة مع الغفلة التامة عن شرع الله .. وإذ كان المؤلف واحدا من الذين اصطلوا بهذه النار المحرقة .. فقد حرص على تدريب أبنائه الطلاب على الرجوع إلى أمهات الكتب القديمة الراسخة فى العلم .. للاطلاع واختيار النصوص الوثيقة الصلة بموضوعات الدراسة .. وكان ذلك من عام ١٣٨٥ هـ حين كنت مسئولاً عن بعض مواد الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون فى جامعة الأزهر .. فعنيت باختيار المراجع ، وقدمت بعضها على سبيل الإطارة المؤقتة للدارسين .. توفيراً لوقتهم ولإعفائهم من تكلفة اقتناء الكتب .. ومنها ما هو باهظ الثمن ..

* * *

واقدر استمر هذا المنهج ، على فترات ، إلى الآن .. وفى غضون هذا التدريب فى جامعة الأزهر وفى جامعة الملك عبد العزيز وفى معهد الدراسات الإسلامية بالقاهرة رأيت بوضوح تفوق الدارسين الذين ونبدأ حياتهم بحفظ القرآن

الكريم أو حفظ بعضه... والنظر في علوم القرآن ومراجع السنة... وكسب بعضهم
ثقتي حتى أسندت إليه إعداد بعض التصوص التي تلزمني من آن لآخر...

* * *

ومن الوفاء لهذا الشباب... أرى أن أشيد بجهودهم المخلصة... ذلك أن منهم من
كان يعمل راغباً في العلم دون أن يشترط القيد لنيل درجة أو للحصول على جزاء مادي.
ومن هؤلاء الذين أذكرهم بالخير، شباب ورجال... لازلت أحفظ أسماءهم
كاملة أو بأشهر ما عرفوا به... وأملى كبير في أن يتابعوا التحصيل، وإثبات المعرفة
الحقة على ما سواها من مشاغل الحياة ومتاعها... ومن هؤلاء العاملين في صمت وفي
إخلاص السادة :

الشيخ خليل الميس : شيخ أزهري لبنان

الشيخ رشيد قباني : بدار الإفتاء في لبنان ثم من رجال القضاء في
لبنان

الشيخ العبادي :

السيد محمد أحمد الطواري : الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء .

السيد أحمد اسماعيل يحيى : د د د د د

* * *

وغنى عن البيان أن كل كلمة ظهرت في هذا الكتاب أو في غيره من الكتب
التي أصدرها... راجعتها مرات... بحيث إنني أتحمّل المسؤولية عنها منفرداً ،
وبالله التوفيق

المؤلف

عيسى عبيده

الجيزة في شوال ١٣٩٧ هـ

١٢ شارع النيل بالجيزة ت ٨٩٧٧٢١

محتويات الكتاب

الصفحة	الموضوع
٣	مقدمة
	كلية معالي مدير الجامعة الأستاذ الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي عن ظروف إنشاء هذه الجامعة — لمحة موجزة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
٥	كلية معالي مدير الجامعة الأستاذ الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي في افتتاح المؤتمر
٧	مقدمة وتلخيص لمادة البحث — تمهيد
٩	القدر الذي تركناه
١٠	الزكاة عقد
١٠	خطة العمل
١٣	الخلاصة الوافية
١٤	العقود في كلمات — أشكال المشروعات
١٧	الشركة
١٨	العقود
١٩	الضمان — الوديعة
٢٠	الأمن
٢١	القروض
٢١	الحوالة
٢٢	بجائبة
٢٣	

الصفحة	الموضوع
٢٥	المبحث الأول — أشكال المشروعات
٢٧	أشكال المشروعات العامة والمشروعات المؤتمنة
٣٢	الشركة
٣٣	الشركة : الجوهر والشكل — نشأة الشركات
٣٤	أنواع الشركات
٣٦	الشركة عقد
٣٧	اتجاه عمود
٤٠	هذه القوانين
٤٥	فانون الشركات في إنجلترا
٤٨	الشركة : تعريفها وأقسامها
٦٣	أركان الشركة
٦٤	شروط الشركة وأحكامها
٧٣	تصرف الشركاء في المال وغيره
٧٩	إذا ادعى أحد الشركاء تلف المال ونحو ذلك
٨٣	المبحث الثاني — العقود
٨٥	العقود
٨٥	بمعنى العقود في أقوال المفسرين
٨٩	المبحث الثالث — الضمان
٩١	تمهيد للمبحث في الضمان
٩١	الضمان في اللغة
٩٣	الضمان في القرآن الكريم
٩٤	الضمان في الفقه الإسلامي
٩٥	الضمان عند الشافعية

الصفحة	الموضوع
٩٥	أقسام الضمان
٩٦	أركان الضمان
٩٦	ما يبطل ائتمان
٩٧	بحث المضمونات
١٠٠	المضمونات أقسام
١٠١	أسباب الضمان
١٠٤	عقود الأمانات وما يضمن مما يندرج تحتها .
١٠٧	ضمان الأموال بالعقد واليد
١٠٨	هل يثبت الضمان مع ثبوت يد المالك
١١٠	الظن في الملك هل يسقط الضمان أو الأحكام المبنية على الظن
١١٣	المبحث الرابع - الوديعة
١١٣	الوديعة في كتب اللغة
١١٤	الوديعة في مفهوم المفسرين
١١٥	الوديعة في الحديث الشريف
١١٧	الوديعة في الفقه الإسلامي
١١٩	خلط الوديعة
١٢٠	متى يضمن المستودع بخلطه .
١٢٠	أنواع الخلط
١٢١	التعدي بالاستعمال للوديعة
١٢٣	الإتفاق على الوديعة
١٢٤	تساج الوديعة
١٢٤	كراء الوديعة

الصفحة	الموضوع
١٢٥	أخذ الحق من الوديعة
١٢٥	لمن يدفع المودع الوديعة للحفاظ
١٢٦	الوديعة بعد موت المودع المدين
١٢٧	المبحث الخامس — الأمن
١٢٧	مادة أمن في كتب اللغة
١٣٠	التعريف بالتأمين
١٣١	أركان التأمين كعقد من العقود
١٣٣	خصائص عقد التأمين
١٣٤	الوظائف التي يقوم بها التأمين
١٣٧	آراء العلماء المعاصرين في عقد التأمين
١٣٩	رأى المرحوم الشيخ محمد بن خيت المطيعي
١٤١	رأى الشيخ محمد بن الحسن الحجوى الثعالبي
١٤١	رأى الاستاذ أحمد طه السنوسي
١٤٣	رأى الاستاذ مصطفى الزرقا
١٣٧	الأمن والتأمين — نظرة موضوعية
١٤٩	الحاجات وإشباعها
١٤٩	الأمن بوجه خاص
١٥٠	الدولة
١٥١	الوظيفة والعضو الذي يؤديها
١٦٠	التأمين التجاري
١٦٣	الآثار الاقتصادية للتأمين التجاري
١٦٣	الدراسة النظرية
١٦٩	صور خاصة

١٧٠	الخلاصة
١٧١	أهم المراجع لبحث (التأمين)
١٧٣	المبحث السادس - القرض والقراض
١٧٤	مادة « قرض » في معاجم اللغة
١٧٦	مادة القرض في القرآن الكريم
١٧٨	القرض في كلام علماء التفسير
١٨٣	القرض في كلام علماء الحديث
١٨٥	فضيلته (أى فضيلة القرض)
١٨٦	باب استقراض الحيوان والقضاء من الجنس فيه وفى غيره
١٨٧	جواز الزيادة عند الوفاء والنهى عنها قبله
١٨٩	عقد المضاربة أو القراض
١٩٠	تعريف المضاربة
١٩٠	سند مشروعيتها
١٩١	شروط المضاربة الصحيحة
١٩٣	ما يجوز للمضارب أن يفعله
١٩٩	المبحث السابع - الحوالة
١٠١	الحوالة - لمحة تاريخية
٢٠٣	سبق الشريعة الإسلامية فى تنظيم الحوالة
٢٠٤	أثر التنظيم الإسلامى للحوالة على المعاملات فى أوربا
٢٠٧	الحوالة فى الفقه الإسلامى
٢٠٧	تعريف الحوالة لغة وشرعا
٢٠٧	وبعض الأسماء الاصطلاحية فيها

ص	الموضوع
٢٠٨	تعريف الحوالة شرعاً عند الحنفية
٢٠٩	أساس هذا التعريف والخلاف فيه عند الحنفية
٢١٢	تعريف الحوالة عند غير الحنفية
٢١٨	تحليل تعريف الحوالة
٢١٩	إنشاء الحوالة : مقوماتها وشروطها
٢١٩	عرض مقومات الحوالة إجمالاً
٢٢٣	شبهات حول الحوالة في الشريعة الإسلامية والرد عليها
٢٢٥	أولاً
٢٢٨	ثانياً
٢٣٤	ثالثاً
٢٣٥	رابعاً
٢٣٩	بعض معاملات معاصرة ذات صلة بالحوالة
	تمهيد
٢٤١	(أولاً)
	التحويلات المصرفية والبريدية
	الوضع القانوني
٢٤٢	الوصف (التكييف) الفقهي الإسلامي
	(أولاً) : أن يتقدم إنسان للمصرف ويطلب تحويل النقود إلى
٢٤٥	مصرف آخر
	(ثانياً) : قيام الطالب بدفع النقود إلى موظف المصرف
	(ثالثاً) : إعطاء المصرف لطالب التحويل صكاً (شيكاً) بالمبلغ
٢٤٨	المطلوب
٢٥٠	(الحالة الأولى) أن يكون للطالب في المصرف حساب جار دائن
	(الحالة الثانية) ألا يكون للطالب في المصرف حساب دائن

ص	الموضوع
٢٥٢	النتيجة
٢٥٣	ثالثاً : السفتجة الحديثة في القانون — الوضع القانوني
٢٥٤	الوصف (التكيف) الفقهي الإسلامي
٢٥٥	ثالثاً : الشيك (السحب على الحساب الجارى)
	الوصف القانوني
٢٥٦	الوصف (التكيف) في الفقه الإسلامي
٢٥٧	(رابعاً) تظهير الأوراق التجارية
٢٥٧	تمهيد
٢٥٨	الوضع القانوني للتظهير
٢٥٨	آثار التظهير التام
٢٥٩	الوصف الفقهي الإسلامي للتظهير
٢٦٣	(خامساً) تظهير أوراق البضائع
٢٦٣	الوضع القانوني
٢٦٤	الوصف الشرعي
٢٦٤	(سادساً) الخصم
٢٦٤	الوضع القانوني
٢٦٥	حكم الشريعة الإسلامية على هذه المعاملات
٢٦٦	(سابعاً) الاعتماد المستندي
٢٦٦	الوضع القانوني
٢٦٨	حكم الشريعة الإسلامية على هذه المعاملة
٢٦٨	الأساس الأول
٢٦٩	ملاحظة
٢٧٠	الأساس الثاني

ص	الموضوع
٢٧١	الأساس الثالث
٢٧٢	(ثامنا) حوالة الذمة
٢٧٣	الوضع القانوني
٢٧٥	هل يجوز لولي الأمر هذا التدخل ؟
٢٧٩	خاتمة
٢٨١	محتويات الكتاب

رقم الايداع بدار الكتب ٤٧١٤ / ١٩٧٧

دار الاعتصام

٩٠ قرشاً

